ARREST VAN HET HOF

5 november 2002 *

In zaak C-467/98,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. Benyon en H. P. Hartvig als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk Denemarken, vertegenwoordigd door J. Molde als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerder,

* Procestaal: Deens.

ondersteund door

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door M. A. Fierstra en J. van Bakel als gemachtigden,

interveniënt,

betreffende een verzoek om vast te stellen:

— primair, dat het Koninkrijk Denemarken, door in 1995 met de Verenigde Staten van Amerika individueel te onderhandelen over een „open sky"-overeenkomst op het gebied van het luchtvervoer, en deze overeenkomst te paraferen en te sluiten, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens het EG-Verdrag, met name de artikelen 5 (thans artikel 10 EG) en 52 (thans, na wijziging, artikel 43 EG), en krachtens het van het Verdrag afgeleide recht, met name verordeningen (EEG) van de Raad nrs. 2407/92 van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen aan luchtvaartmaatschappijen (PB L 240, blz. 1), 2408/92 van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB L 240, blz. 8), 2409/92 van 23 juli 1992 inzake tarieven voor luchtdiensten (PB L 240, blz. 15), 2299/89 van 24 juli 1989 betreffende gedragsregels voor geautomatiseerde boekingssystemen (PB L 220, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 3089/93 van de Raad van 29 oktober 1993 (PB L 278, blz. 1), en 95/93 van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots" op communautaire luchthavens (PB L 14, blz. 1), en

— subsidiair, wat de overige bepalingen van de overeenkomst van 1944/1954 betreft, voorzover de overeenkomst van 1995 niet kan worden geacht de eerder gesloten overeenkomsten ingrijpend te hebben gewijzigd en dus te hebben vervangen, dat het Koninkrijk Denemarken niet heeft voldaan aan de krachtens artikel 234 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 307 EG) op

hem rustende verplichtingen, door de in die eerdere overeenkomsten vervatte bepalingen die onverenigbaar zijn met het Verdrag, met name artikel 52 daarvan, en met het afgeleide recht, niet in te trekken of daartoe niet alle nodige wettelijke maatregelen te treffen,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: J.-P. Puissochet, president van de Zesde kamer, waarnemend voor de president, R. Schintgen, kamerpresident, C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann en V. Skouris (rapporteur), F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr, en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: A. Tizzano,
griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier, en D. Louterman-Hubeau, afdelingshoofd,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 8 mei 2001, waarop de Commissie was vertegenwoordigd door F. Benyon en H. P. Hartvig, het Koninkrijk Denemarken door J. Molde, en het Koninkrijk der Nederlanden door J. van Bakel, H. G. Sevenster en J. van Haersolte als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 31 januari 2002,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 18 december 1998, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) beroep ingesteld tot vaststelling:

— primair, dat het Koninkrijk Denemarken, door in 1995 met de Verenigde Staten van Amerika individueel te onderhandelen over een „open sky"-overeenkomst op het gebied van het luchtvervoer, en deze overeenkomst te paraferen en te sluiten, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens het EG-Verdrag, met name de artikelen 5 (thans artikel 10 EG) en 52 (thans, na wijziging, artikel 43 EG), en krachtens het van het Verdrag afgeleide recht, met name verordeningen (EEG) van de Raad nrs. 2407/92 van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen aan luchtvaartmaatschappijen (PB L 240, blz. 1), 2408/92 van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB L 240, blz. 8), 2409/92 van 23 juli 1992 inzake tarieven voor luchtdiensten (PB L 240, blz. 15), 2299/89 van 24 juli 1989 betreffende gedragsregels voor geautomatiseerde boekingssystemen (PB L 220, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 3089/93 van de Raad van 29 oktober 1993 (PB L 278, blz. 1; hierna: „verordening nr. 2299/89"), en 95/93 van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots" op communautaire luchthavens (PB L 14, blz. 1), en

— subsidiair, wat de overige bepalingen van de overeenkomst van 1944/1954 betreft, voorzover de overeenkomst van 1995 niet kan worden geacht de eerder gesloten overeenkomsten ingrijpend te hebben gewijzigd en dus te hebben vervangen, dat het Koninkrijk Denemarken niet heeft voldaan aan de krachtens artikel 234 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 307 EG) op hem rustende verplichtingen, door de in die eerdere overeenkomsten vervatte bepalingen die onverenigbaar zijn met het Verdrag, met name artikel 52 daarvan, en met het afgeleide recht, niet in te trekken of daartoe niet alle nodige wettelijke maatregelen te treffen.

2 Bij beschikking van de president van het Hof van 8 juli 1999 is het Koninkrijk der Nederlanden toegelaten tot interventie aan de zijde van het Koninkrijk Denemarken.

Toepasselijke bepalingen

3 Volgens artikel 84, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 80, lid 1, EG) zijn de bepalingen van titel IV — betreffende het vervoer — van het derde deel van het Verdrag slechts van toepassing op het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren. Artikel 84, lid 2, bepaalt:

„De Raad kan met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluiten of, in hoeverre en volgens welke procedure, passende bepalingen voor de zeevaart en de luchtvaart zullen kunnen worden genomen.

De procedurebepalingen van artikel 75, leden 1 en 3, zijn van toepassing."

4 Op grond van deze bepaling heeft de Raad in 1987, 1990 en 1992 met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van de interne markt inzake luchtvervoer drie „maatregelenpakketten" vastgesteld ter verzekering van de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van het luchtvervoer en de toepassing in deze sector van de communautaire mededingingsregels.

5 De in 1992 vastgestelde regeling, het zogenaamde derde pakket, omvat de verordeningen nrs. 2407/92, 2408/92 en 2409/92.

6 Volgens artikel 1 van verordening nr. 2407/92 betreft deze verordening de voorwaarden voor de verlening en de handhaving van exploitatievergunningen door de lidstaten ten aanzien van in de Gemeenschap gevestigde luchtvaartmaatschappijen. Dienaangaande bepaalt artikel 3, lid 3, van de verordening, dat een in de Gemeenschap gevestigde onderneming niet tegen vergoeding passagiers, post en/of vracht door de lucht mag vervoeren, tenzij haar de desbetreffende exploitatievergunning is verleend. Volgens artikel 4, leden 1 en 2, van de verordening mag een lidstaat deze vergunning slechts verlenen aan ondernemingen die hun hoofdvestiging en, in voorkomend geval, hun statutaire zetel in de lidstaat hebben, en waarvan, onverminderd overeenkomsten en verdragen waarbij de Gemeenschap partij is, een meerderheidsparticipatie in handen is van lidstaten en/of van onderdanen van lidstaten, die daadwerkelijk zeggenschap over deze ondernemingen uitoefenen.

7 Blijkens het opschrift ervan betreft verordening nr. 2408/92 de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes. Een communautaire luchtvaartmaatschappij is volgens de definitie van artikel 2, sub b, van de verordening een luchtvaartmaatschappij met een geldige, overeenkomstig verordening nr. 2407/92 verleende exploitatievergunning. Volgens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2408/92 verleent de betrokken lidstaat (lidstaten) aan communautaire luchtvaartmaatschappijen toelating om vervoersrechten op intracommunautaire routes uit te oefenen. Volgens artikel 3, lid 2, kunnen de lidstaten evenwel voor de uitoefening van cabotagerechten tot 1 april 1997 een uitzondering op deze bepaling vaststellen.

8 De artikelen 4 tot en met 7 van verordening nr. 2408/92 regelen met name het recht van de lidstaten om voor bepaalde routes openbaredienstverplichtingen op te leggen. Volgens artikel 8 van de verordening kunnen de lidstaten, zonder discriminatie op grond van nationaliteit of identiteit van de luchtvaartmaatschappij, de verdeling van het verkeer tussen de luchthavens van een luchthavensysteem regelen. Ten slotte kan de verantwoordelijke lidstaat volgens artikel 9 van de verordening bij ernstige congestie- en/of milieuproblemen voorwaarden opleggen en de uitoefening van vervoersrechten beperken of weigeren, met name wanneer andere takken van vervoer een bevredigend niveau van dienstverlening kunnen bieden.

9 Volgens artikel 1, lid 1, van verordening nr. 2409/92 betreft deze verordening de procedures en criteria voor de vaststelling van tarieven voor luchtvervoer van passagiers en vracht dat volledig binnen de Gemeenschap plaatsvindt.

10 Artikel 1, leden 2 en 3, luidt als volgt:

„2. Onverminderd lid 3 is deze verordening niet van toepassing op:

a) tarieven die worden aangerekend door andere dan communautaire luchtvaartmaatschappijen;

b) tarieven die zijn vastgesteld op grond van openbare-dienstverplichtingen overeenkomstig verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes.

3. Alleen communautaire luchtvaartmaatschappijen hebben het recht om nieuwe producten dan wel lagere dan de bestaande tarieven voor dezelfde producten in te voeren."

11 Behalve de in 1992 vastgestelde verordeningen nrs. 2407/92, 2408/92 en 2409/92 heeft de gemeenschapswetgever inzake luchtvervoer nog andere regelingen vastgesteld, met name de verordeningen nrs. 2299/89 en 95/93.

12 Volgens artikel 1 van verordening nr. 2299/89 is deze verordening van toepassing op geautomatiseerde boekingssystemen (hierna: „CRS") die luchtvervoerproducten omvatten, wanneer deze producten op het grondgebied van de Gemeenschap worden aangeboden en/of gebruikt, ongeacht de status of nationaliteit van de systeemverkoper, de bron van de gebruikte informatie of de plaats waar de betrokken centrale dataverwerkingseenheid zich bevindt, en de geografische ligging van de luchthavens waartussen het luchtvervoer plaatsvindt.

13 In artikel 7, leden 1 en 2, van de verordening is evenwel bepaald:

„1. De verplichtingen van een systeemverkoper uit hoofde van de artikelen 3 en 4 tot en met 6 zijn niet van toepassing ten aanzien van een moederluchtvaartmaatschappij uit een derde land, voorzover haar geautomatiseerd boekingssysteem buiten het grondgebied van de Gemeenschap de luchtvaartmaatschappijen uit de Gemeenschap geen behandeling verleent die gelijkwaardig is aan die welke in deze verordening en verordening (EEG) nr. 83/91 van de Commissie is voorgeschreven.

2. De verplichtingen van moederluchtvaartmaatschappijen of deelnemende luchtvaartmaatschappijen uit hoofde van de artikelen 3 *bis*, 4 en 8 zijn niet van toepassing ten aanzien van een geautomatiseerd boekingssysteem waarover een

luchtvaartmaatschappij (of luchtvaartmaatschappijen) uit een of meer derde landen zeggenschap heeft (hebben), voorzover buiten het grondgebied van de Gemeenschap aan de moederluchtvaartmaatschappij(en) of de deelnemende luchtvaartmaatschappij(en) geen behandeling wordt verleend die gelijkwaardig is aan die welke in deze verordening en verordening (EEG) nr. 83/91 van de Commissie is voorgeschreven."

14 Ten slotte staat vast, dat verordening nr. 95/93 ook geldt voor luchtvaartmaatschappijen uit derde landen. Artikel 12 van deze verordening bepaalt evenwel:

„1. Wanneer, wat de toewijzing van ‚slots' op luchthavens betreft, blijkt dat een derde land

a) communautaire luchtvaartmaatschappijen geen behandeling toekent die vergelijkbaar is met de behandeling die door lidstaten aan luchtvaartmaatschappijen uit dat land wordt toegekend,

of

b) communautaire luchtvaartmaatschappijen niet *de facto* een nationale behandeling toekent,

of

c) luchtvaartmaatschappijen uit andere derde landen een gunstiger behandeling toekent dan aan communautaire luchtvaartmaatschappijen,

kunnen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht ten aanzien van de betrokken luchthaven(s) passende maatregelen worden genomen om dit te verhelpen, inclusief de gehele of gedeeltelijke schorsing van de verplichtingen uit hoofde van deze verordening ten aanzien van een luchtvaartmaatschappij van dat derde land.

2. De lidstaten stellen de Commissie op de hoogte van alle ernstige juridische of feitelijke moeilijkheden die communautaire luchtvaartmaatschappijen ondervinden bij het verwerven van ‚slots' op luchthavens in derde landen."

Voorgeschiedenis van het geding

De initiatieven van de Commissie met het oog op de sluiting door de Gemeenschap van internationale overeenkomsten inzake luchtvervoer

15 Tegen het einde van de Tweede Wereldoorlog of daarna hebben verschillende staten, die vervolgens lidstaat van de Gemeenschap zijn geworden, waaronder het Koninkrijk Denemarken, met de Verenigde Staten bilaterale overeenkomsten op het gebied van het luchtvervoer gesloten.

16 Aangezien de Commissie al deze bilaterale overeenkomsten wilde vervangen door één enkele overeenkomst tussen de Gemeenschap en de Verenigde Staten, heeft zij sinds begin jaren negentig herhaaldelijk bij de Raad stappen ondernomen om een mandaat te krijgen voor het voeren van onderhandelingen over een dergelijke overeenkomst inzake luchtvervoer met de Amerikaanse autoriteiten.

17 Zo heeft zij op 23 februari 1990 een eerste verzoek daartoe bij de Raad ingediend in de vorm van een voorstel voor een beschikking van de Raad inzake een overleg- en machtigingsprocedure voor overeenkomsten betreffende de commerciële luchtvaartbetrekkingen van de lidstaten met derde landen. Op 23 oktober 1992 heeft zij een tweede, licht gewijzigd, voorstel voor een beschikking ingediend (PB 1993, C 216, blz. 15). Deze twee voorstellen werden ingediend op grond van artikel 113 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 133 EG), aangezien de Commissie ervan uitging dat het sluiten van internationale overeenkomsten inzake luchtvervoer deel uitmaakt van de handelspolitiek van de Gemeenschap.

18 De Raad heeft geen gevolg gegeven aan deze initiatieven van de Commissie. Hij heeft zijn standpunt ter zake vastgesteld in zijn conclusies van 15 maart 1993, waarin hij verklaarde:

— dat artikel 84, lid 2, van het Verdrag de juiste rechtsgrondslag was voor de ontwikkeling van een externe politiek op luchtvaartgebied;

— dat de lidstaten volledig bevoegd bleven inzake hun betrekkingen met derde landen op luchtvaartgebied, onder voorbehoud van de maatregelen die de Raad op dit gebied had vastgesteld of zou vaststellen. Dienaangaande heeft de Raad ook beklemtoond dat de betrokken lidstaten tijdens de bilaterale onderhandelingen rekening dienden te houden met de door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen en zich op de hoogte dienden te stellen van de belangen van de andere lidstaten;

— dat onderhandelingen met derde landen slechts door de Gemeenschap konden worden gevoerd indien de Raad van mening was dat een dergelijke

aanpak in overeenstemming was met het gemeenschapsbelang omdat dit betere resultaten voor alle lidstaten kon opleveren dan het traditionele systeem van bilaterale overeenkomsten.

19 In april 1995 heeft de Commissie de kwestie opnieuw aan de orde gesteld en de Raad in overweging gegeven haar bij beschikking een mandaat te geven voor het voeren van onderhandelingen met de Verenigde Staten over een overeenkomst inzake luchtvervoer. Op dit nieuwe verzoek heeft de Raad de Commissie in juni 1996 een beperkt mandaat verleend om in samenwerking met een speciaal door de Raad benoemde commissie met de Verenigde Staten te onderhandelen over de volgende punten: mededingingsregels; eigendom van en controle over luchtvaartmaatschappijen; CRS; code-sharing; geschillenregeling; leasing; milieubepalingen, en overgangsmaatregelen. Indien de Verenigde Staten hierom zouden verzoeken, kon de Commissie ook onderhandelen over staatssteun en andere maatregelen ter voorkoming van het faillissement van luchtvaartmaatschappijen; de toekenning van slots in luchthavens; de economische en technische geschiktheid van luchtvaartmaatschappijen; bepalingen inzake beveiliging; vrijwaringsclausules, en enige andere kwestie in verband met de regeling van de bedrijfstak. Daarentegen werd uitdrukkelijk gepreciseerd dat onderhandelingen over de toegang tot de markt (met inbegrip van code-sharing en leasing, voorzover deze verband houden met vervoersrechten), en over capaciteit, aanwijzing van luchtvaartmaatschappijen en tarieven, buiten het bestek van het mandaat vielen.

20 Bij de notulen van de vergadering van de Raad waarop aan de Commissie bovenbedoeld onderhandelingsmandaat is verleend, is een aantal verklaringen van de twee betrokken instellingen gevoegd. Volgens een van deze verklaringen, die uitgaat van de twee instellingen samen (hierna: „gemeenschappelijke verklaring van 1996"), zou het toenmalige systeem van bilaterale overeenkomsten worden gehandhaafd en van kracht blijven tot er een nieuwe overeenkomst zou worden gesloten die de Gemeenschap verbindt, om de continuïteit van de betrekkingen van de lidstaten met de Verenigde Staten te verzekeren tijdens de door de Gemeenschap gevoerde onderhandelingen, en over een alternatief te kunnen beschikken in geval van mislukking van de onderhandelingen. In een eigen verklaring stelde de Commissie zich op het standpunt dat de communautaire bevoegdheid inzake luchtvaartrechten een feit was.

21 Tot op heden is op grond van het in 1996 aan de Commissie verleende onderhandelingsmandaat nog geen overeenkomst met de Verenigde Staten gesloten.

22 Volgens de stukken heeft de Gemeenschap daarentegen in 1992 met het Koninkrijk Noorwegen en het Koninkrijk Zweden een overeenkomst inzake burgerluchtvaart gesloten, die is goedgekeurd bij besluit 92/384/EEG van de Raad van 22 juni 1992 (PB L 200, blz. 20), heeft zij dienaangaande een beginselakkoord gesloten met de Zwitserse Bondsstaat, en was zij op het ogenblik van de instelling van het onderhavige beroep in onderhandeling met twaalf Europese landen over een overeenkomst betreffende de invoering van een „Europese gemeenschappelijke luchtvaartzone".

De bilaterale overeenkomst inzake luchtvervoer tussen het Koninkrijk Denemarken en de Verenigde Staten

23 Op 16 december 1944 hebben het Koninkrijk Denemarken en de Verenigde Staten een bilaterale overeenkomst inzake luchtvervoer — van het type „Bermuda" — gesloten, die in 1954, 1958 en 1966 is gewijzigd om de luchtvaart te liberaliseren (hierna: „overeenkomst van 1944").

24 Volgens de stukken hebben de Verenigde Staten in 1992 het initiatief genomen en aan verschillende Europese staten voorgesteld een bilaterale „open sky"-overeenkomst te sluiten. Een dergelijke overeenkomst diende allianties tussen Amerikaanse en Europese luchtvaartmaatschappijen te vergemakkelijken en moest voldoen aan verschillende door de Amerikaanse regering vastgestelde criteria, zoals vrije toegang tot alle routes, verlening van onbeperkte route- en vervoersrechten, prijsvaststelling volgens een stelsel van „dubbele afkeuring" voor luchtvaartroutes tussen de partijen bij de overeenkomst, mogelijkheid tot code-sharing, enzovoort.

25 In 1993 en 1994 hebben de Verenigde Staten hun inspanningen opgedreven om overeenkomstig de „open sky"-politiek met zo veel mogelijk Europese staten bilaterale overeenkomsten inzake luchtvervoer te sluiten.

26 Bij brief van 17 november 1994 wees de Commissie de lidstaten op de negatieve gevolgen van deze bilaterale overeenkomsten voor de Gemeenschap, en stelde zij vast dat dit soort overeenkomst de interne regelgeving van de Gemeenschap kon aantasten. Zij voegde hieraan toe dat onderhandelingen over dergelijke overeenkomsten slechts op gemeenschapsniveau doeltreffend en vanuit juridisch oogpunt geldig konden zijn.

27 Tijdens de onderhandelingen van 24 tot en met 26 april 1995 hebben vertegenwoordigers van de Deense en van de Amerikaanse regering een akkoord bereikt over de wijziging van de overeenkomst van 1944. Dit akkoord is vervolgens via een uitwisseling van diplomatieke nota's bekrachtigd.

28 Aldus zijn in 1995 aan de overeenkomst van 1944 de volgende wijzigingen aangebracht. In de tekst van de overeenkomst zijn de artikelen 1 (verlening van rechten), 2a (aanwijzing en vergunning), 3 (definities), 4 (veiligheid), 5 (toepasselijke wet), 6 (intrekking van de vergunningen), 7 (gebruiksheffingen), 8 (beveiliging), 9 (prijsvaststelling), 10 (eerlijke mededinging), 11 (handelsmogelijkheden), 12 (rechten en heffingen), 13 (gecombineerd vervoer), 14 (overleg) en 15 (geschillenregeling), gewijzigd of toegevoegd om de overeenkomst in overeenstemming te brengen met het Amerikaanse model van een „open sky"-overeenkomst. Verder zijn de bijlagen I en II bij de overeenkomst van 1944, met bepalingen over luchtroutes en exploitatiemogelijkheden, gewijzigd en in overeenstemming gebracht met dit model (bijvoorbeeld, wat de routes betreft, flexibele exploitatie, charterverkeer, enzovoort). Ten slotte is een bijlage III, met de CRS-beginselen, aan de overeenkomst toegevoegd.

29 Artikel 2 van de overeenkomst van 1944 bepaalt dat „elk van de aldus beschreven luchtroutes wordt opengesteld zodra de contractpartij die volgens artikel 1 gerechtigd is een of meerdere luchtvaartmaatschappijen voor de betrokken route aan te wijzen, een luchtvaartmaatschappij heeft gemachtigd om op deze route te vliegen", en dat „de contractpartij die de rechten verleent, onder voorbehoud van artikel 6 van de onderhavige overeenkomst, de nodige concessie aan de betrokken luchtvaartmaatschappij(en) moet verlenen". Volgens artikel 6 van de overeenkomst „behoudt ieder van de contractpartijen zich het recht voor, een concessie of een vergunning aan een van de luchtvaartmaatschappijen van de andere partij te weigeren of deze concessie of vergunning in te trekken, telkens wanneer zij van mening is dat onvoldoende is aangetoond dat de betrokken maatschappij voor een wezenlijk deel in handen is van en daadwerkelijk wordt gecontroleerd door onderdanen van een van de partijen bij deze overeenkomst" (hierna: „clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen").

De precontentieuze procedure

30 Nadat de Commissie er kennis van had gekregen dat de onderhandelingen tot wijziging van de overeenkomst van 1944 waren afgerond, heeft zij op 6 juni 1995 de Deense regering een aanmaningsbrief gezonden waarin zij in wezen verklaarde dat de gemeenschapsregeling inzake luchtvervoer een volledig systeem van regels in het leven had geroepen dat ertoe strekte een interne markt in deze sector te creëren, zodat de lidstaten niet meer bevoegd waren om bilaterale overeenkomsten te sluiten zoals die welke het Koninkrijk Denemarken zojuist met de Verenigde Staten had gesloten. Bovendien was een dergelijke overeenkomst volgens haar in strijd met het primaire en het afgeleide gemeenschapsrecht.

31 Nadat de Deense regering in haar antwoord van 6 juli 1995 het standpunt van de Commissie had betwist, zond deze laatste het Koninkrijk Denemarken op 16 maart 1998 een met redenen omkleed advies, waarin zij tot de conclusie kwam dat de bilaterale verbintenissen die voortvloeiden uit de in 1995 aan de overeenkomst van 1944 aangebrachte wijzigingen, een schending vormden van het gemeenschapsrecht, en deze lidstaat uitnodigde om binnen een termijn van twee maanden te rekenen vanaf de betekening ervan aan dit met redenen omkleed advies te voldoen.

32 Aangezien de Commissie het antwoord van de Deense regering van 16 juli 1998 ontoereikend achtte, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

De noodzaak om uitspraak te doen over het bestaan van een nieuwe overeenkomst ten gevolge van de wijzigingen in 1995

33 Uit de formulering van de primaire en de subsidiaire vordering van de Commissie blijkt, dat haars inziens het onderzoek ten gronde van een van deze vorderingen noodzakelijkerwijs veronderstelt dat het Hof een standpunt inneemt over een voorafgaande vraag, namelijk of de wijzigingen in 1995 de reeds bestaande overeenkomst van 1944 hebben omgevormd tot een nieuwe „open sky"-overeenkomst waarvan de bepalingen van de overeenkomst van 1944, zoals achtereenvolgens gewijzigd, deel uitmaken. Zo ja, zou het Hof volgens de Commissie enkel uitspraak hoeven te doen over de primaire vordering en de nieuwe overeenkomst moeten toetsen aan de in 1995 geldende relevante bepalingen van gemeenschapsrecht. Zo niet, zou het Hof geen uitspraak hoeven te doen over de primaire vordering en zou het zich moeten uitspreken over de subsidiaire vordering en de bepalingen van de overeenkomst van 1944 moeten toetsen aan met name artikel 234 van het Verdrag.

34 Volgens de Deense regering, die de in 1995 aan de overeenkomst van 1944 aangebrachte wijzigingen punt voor punt onderzoekt, is deze overeenkomst door deze wijzigingen niet tot een nieuwe overeenkomst omgevormd. Dienaangaande stelt zij dat de overeenkomst van 1944, gelet op de tot in 1966 aangebrachte wijzigingen, reeds vóór 1995 alle wezenlijke kenmerken had van een „open sky"-overeenkomst. In 1995 zijn de bepalingen van de overeenkomst van 1944 niet, of niet wezenlijk, gewijzigd. Bij de wijzigingen in dat jaar zijn in beginsel aan Amerikaanse luchtvaartmaatschappijen geen nieuwe rechten verleend, en is er dus geen verandering gekomen in de verhoudingen tussen het Koninkrijk Denemarken en de Verenigde Staten.

35 Volgens de Commissie daarentegen zijn de wijzigingen van 1995 aan de overeenkomst van 1944 zo omvangrijk en verregaand, dat de in 1995 niét gewijzigde bepalingen niet als een onafhankelijke overeenkomst kunnen worden aangemerkt. Door deze wijzigingen is de overeenkomst van 1944 dus omgevormd tot een nieuwe overeenkomst van het type „open sky".

36 Dienaangaande zij erop gewezen, dat het onderzoek ten gronde van de primaire vordering van de Commissie niet noodzakelijkerwijs veronderstelt dat het Hof een standpunt inneemt over de vraag of de reeds bestaande overeenkomst van 1944 door de wijzigingen van 1995 tot een nieuwe overeenkomst is omgevormd.

37 Uit de stukken en uit de mondelinge behandeling voor het Hof blijkt, dat de in punt 28 van het onderhavige arrest beschreven wijzigingen van 1995 hebben geleid tot een volledige liberalisering van het luchtverkeer tussen de Verenigde Staten en het Koninkrijk Denemarken, nu hierbij vrije toegang is verleend tot alle routes tussen alle punten in deze twee staten, zonder beperkingen inzake capaciteit en frequentie, of inzake daartussen, daarvoor of verder gelegen punten („behind, between and beyond rights"), en dit voor alle gewenste combinaties van toestellen („change of gauge"). Deze volledige vrijheid is aangevuld met bepalingen die de betrokken luchtvaartmaatschappijen de mogelijkheid bieden overeenkomsten te sluiten over het gemeenschappelijk gebruik van codes („code sharing"), en met bepalingen ter bevordering van de mededinging of ter vermijding van discriminatie, bijvoorbeeld voor CRS.

38 De in 1995 aan de overeenkomst van 1944 aangebrachte wijzigingen hebben dus het kader gecreëerd voor een nauwere samenwerking tussen de Verenigde Staten en het Koninkrijk Denemarken, die voor laatstgenoemde belangrijke nieuwe internationale verplichtingen meebrengt.

39 Verder dient te worden beklemtoond dat blijkens de wijzigingen van 1995 de overeenkomst van 1944 in haar geheel is herzien. Dat een aantal bepalingen van

deze overeenkomst in 1995 niet formeel zijn gewijzigd of slechts onbelangrijke redactionele wijzigingen hebben ondergaan, neemt bijgevolg niet weg dat de uit deze bepalingen voortvloeiende verbintenissen tijdens deze herziening zijn bevestigd. In een dergelijke situatie kunnen de lidstaten niet alleen geen nieuwe internationale verbintenissen aangaan, maar kunnen zij evenmin dergelijke verbintenissen handhaven, indien deze in strijd zijn met het gemeenschapsrecht (zie in die zin arresten van 4 juli 2000, Commissie/Portugal, C-62/98, Jurispr. blz. I-5171, en Commissie/Portugal, C-84/98, Jurispr. blz. I-5215).

40 De vaststelling in het vorige punt geldt met name voor de toegang tot intracommunautaire routes die wordt verleend aan door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappijen. Ook al zou deze toegang, zoals de Deense regering stelt, terug te voeren zijn op verbintenissen uit 1966, volgt uit de eerste afdeling van bijlage I bij de overeenkomst van 1944, met de lijst van de routes, zoals gewijzigd in 1995, dat de toegang van de door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappijen tot de intracommunautaire routes minstens opnieuw is bevestigd in 1995, in het kader van de door de twee staten overeengekomen uitwisseling van vervoersrechten.

41 Hetzelfde geldt voor de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen, waarvan de tekst, zoals weergegeven in punt 29 van het onderhavige arrest, reeds was opgenomen in de overeenkomst van 1944. Verder staat vast, zoals de advocaat-generaal in de punten 136 tot en met 138 van zijn conclusie terecht heeft opgemerkt, dat de wijzigingen die in 1995 aan de overeenkomst van 1944 in haar geheel zijn aangebracht, gevolgen hebben gehad voor de strekking van de bepalingen — waaronder bedoelde clausule — die door deze wijzigingen niet formeel of slechts op detailpunten zijn gewijzigd.

42 Bijgevolg dienen alle in de primaire vordering aan de orde gestelde internationale verbintenissen te worden getoetst aan de door de Commissie tot staving van haar vordering aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht die golden op het ogenblik dat deze verbintenissen werden aangegaan of bekrachtigd, dat wil zeggen in elk geval in 1995.

43 Aangezien het Hof uitspraak kan doen over de primaire vordering, behoeft geen uitspraak te worden gedaan over de subsidiaire vordering. Volgens de formulering van de subsidiaire vordering hangt het onderzoek hiervan immers niet af van de vraag in hoeverre de primaire vordering wordt toegewezen, maar van de vraag of het Hof van oordeel is dat het uitspraak kan doen over de primaire vordering.

Niet-nakoming wegens inbreuk op de externe bevoegdheid van de Gemeenschap

44 De Commissie verwijt het Koninkrijk Denemarken, dat het inbreuk heeft gemaakt op de externe bevoegdheid van de Gemeenschap door de betrokken verbintenissen aan te gaan. Deze bevoegdheid vloeit volgens haar voort uit de noodzaak in de zin van advies 1/76 van 26 april 1977 (Jurispr. blz. 741), om een overeenkomst die dergelijke verbintenissen bevat, op gemeenschapsniveau te sluiten, en uit het feit dat de betrokken verbintenissen de door de Gemeenschap vastgestelde regels inzake luchtvervoer aantasten in de zin van het arrest „AETR" van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, Jurispr. blz. 263).

Het bestaan van een externe bevoegdheid van de Gemeenschap in de zin van advies 1/76

Argumenten van partijen

45 De Commissie stelt dat volgens het reeds aangehaalde advies 1/76, dat nader is toegelicht in de adviezen 1/94 van 15 november 1994 (Jurispr. blz. I-5267) en 2/92 van 24 maart 1995 (Jurispr. blz. I-521), de Gemeenschap ook zonder

communautaire bepalingen op het betrokken gebied, bij uitsluiting bevoegd is om een internationale overeenkomst te sluiten, wanneer een dergelijke overeenkomst noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag op dit gebied, en deze doelstellingen niet zonder meer kunnen worden bereikt door een autonome gemeenschappelijke regeling vast te stellen.

46 Zoals is aangegeven in advies 2/92, doet de redenering in het vroegere advies 1/94 geenszins af aan de conclusie van advies 1/76. De overweging in punt 86 van advies 1/94, dat er geen onverbrekelijk verband bestaat tussen de verwezenlijking van de vrijheid van dienstverrichting ten behoeve van de onderdanen van de lidstaten, en de behandeling in de Gemeenschap van onderdanen van derde landen, heeft betrekking op de diensten in het algemeen. Op het gebied van het luchtvervoer evenwel, zijn zuiver interne maatregelen weinig doeltreffend, gelet op het internationale karakter van de verrichte activiteiten en de onmogelijkheid de interne en de externe markt te scheiden. Om deze reden is het trouwens vaak noodzakelijk gebleken, aldus nog steeds de Commissie, in communautaire bepalingen inzake lucht- en zeevervoer de behandeling van vervoerders uit derde landen te regelen, en ter zake overeenkomsten te sluiten.

47 De discriminaties, de concurrentievervalsing en de destabilisering van de gemeenschappelijke markt die voortvloeien uit de door bepaalde lidstaten gesloten bilaterale „open sky"-overeenkomsten, vormen het bewijs dat de doelstellingen van het gemeenschappelijke beleid inzake luchtvervoer niet kunnen worden bereikt zonder een overeenkomst tussen de Gemeenschap en de Verenigde Staten.

48 In het bijzonder brengen de betrokken verbintenissen, op zich beschouwd dan wel in samenhang met de overeenkomstige verbintenissen van de andere lidstaten, structurele verschuivingen teweeg in de verkeersstromen naar de Verenigde Staten, en bieden zij Amerikaanse luchtvaartmaatschappijen de mogelijkheid op de intracommunautaire markt activiteiten te ontplooien zonder aan alle verplichtingen van het gemeenschappelijk geregelde stelsel te zijn onderworpen, en aldus met de luchtvaartmaatschappijen uit de Gemeenschap te concurreren.

49 De noodzaak van een communautair optreden tegenover derde landen valt volgens de Commissie gemakkelijk aan te tonen aan de hand van de verdragsbepalingen inzake vervoer. Artikel 84, lid 2, van het Verdrag stelt weliswaar niet vooraf de specifieke inhoud vast van de bepalingen die inzake luchtvervoer dienen te worden vastgesteld, maar bepaalt uitdrukkelijk dat de procedurebepalingen van artikel 75, lid 3, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 71, lid 2, EG) van toepassing zijn. Dat artikel 84, lid 2, van het Verdrag de Gemeenschap duidelijk de bevoegdheid verleent met derde landen overeenkomsten inzake luchtvervoer te sluiten, blijkt verder uit het feit dat in 1992 op grond van deze bepaling een dergelijke overeenkomst met het Koninkrijk Noorwegen en met het Koninkrijk Zweden is gesloten.

50 De Deense regering betoogt dat advies 1/76 vernieuwend is voorzover hierbij aan de Gemeenschap een externe bevoegdheid is verleend op gebieden waar deze niet vooraf interne regels heeft vastgesteld, met dien verstande evenwel dat de deelneming van de Gemeenschap aan een internationale overeenkomst noodzakelijk moet zijn ter verwezenlijking van een van de doelstellingen van het Verdrag. Volgens de Deense regering is het evenwel niet noodzakelijk in de zin van advies 1/76, dat de Gemeenschap een overeenkomst inzake luchtvervoer sluit met de Verenigde Staten.

51 Verder stelt de Deense regering dat de externe bevoegdheid waarover de Gemeenschap volgens advies 1/76 kan beschikken, pas exclusief wordt zodra de Gemeenschap daadwerkelijk gebruik maakt van deze bevoegdheid om een internationale overeenkomst te sluiten. Deze uitlegging vindt haars inziens steun in de adviezen 1/94 en 2/92. Aangezien de Gemeenschap in casu geen overeenkomst inzake luchtvervoer met de Verenigde Staten heeft gesloten, kan advies 1/76 er niet aan in de weg staan dat de lidstaten een dergelijke overeenkomst met de Verenigde Staten sluiten.

52 De Deense regering voegt hier onder verwijzing naar artikel 84, lid 2, van het Verdrag aan toe, dat er in de sector van het luchtvervoer geen bepalingen bestaan waarbij de gemeenschapsinstellingen de bevoegdheid, laat staan de exclusieve bevoegdheid, wordt verleend om met derde landen te onderhandelen. Zij

herinnert eraan dat de Raad zich in zijn conclusies van 15 maart 1993 integendeel uitdrukkelijk op het standpunt heeft gesteld dat de lidstaten het recht moeten behouden om met derde landen te onderhandelen over overeenkomsten inzake luchtvervoer. Dienaangaande valt uit de voorbeelden in punt 22 van het onderhavige arrest, anders dan de Commissie stelt, geenszins op te maken dat de Raad de noodzaak van een exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap inzake luchtvervoer heeft erkend.

53 Ten slotte kunnen de door de Commissie gestelde economische gevolgen voor de mededinging volgens de Deense regering niet een exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap rechtvaardigen.

Beoordeling door het Hof

54 Wat het luchtvervoer betreft, beperkt artikel 84, lid 2, van het Verdrag zich ertoe, te voorzien in een handelingsbevoegdheid van de Gemeenschap, die het evenwel afhankelijk stelt van een voorafgaand besluit van de Raad.

55 Op grond van deze bepaling kan de Raad de Gemeenschap dus weliswaar de bevoegdheid verlenen om in een concreet geval een internationale overeenkomst inzake luchtvervoer te sluiten, doch deze bepaling roept op zich geen externe communautaire bevoegdheid inzake luchtvervoer in het leven.

56 Wel heeft het Hof reeds geoordeeld dat de bevoegdheid van de Gemeenschap om internationale verbintenissen aan te gaan, niet alleen uitdrukkelijk door het Verdrag kan worden toegekend, maar ook impliciet uit de bepalingen van het Verdrag kan voortvloeien. Een dergelijke impliciete externe bevoegdheid bestaat niet alleen in alle gevallen waarin van de interne bevoegdheid reeds gebruik is

gemaakt om maatregelen vast te stellen in het kader van de verwezenlijking van een gemeenschappelijk beleid, maar ook indien de interne communautaire maatregelen eerst worden vastgesteld in het kader van de sluiting en de tenuitvoerlegging van de internationale overeenkomst. Aldus kan de bevoegdheid om de Gemeenschap jegens derde landen te verbinden, impliciet voortvloeien uit de verdragsbepalingen die de interne bevoegdheid vestigen, voorzover de deelneming van de Gemeenschap aan de internationale overeenkomst noodzakelijk is ter verwezenlijking van een van de doelstellingen van de Gemeenschap (zie advies 1/76, reeds aangehaald, punten 3 en 4).

57 In zijn latere rechtspraak heeft het Hof gepreciseerd, dat advies 1/76 het geval betreft waarin de interne bevoegdheid slechts tezamen met de externe bevoegdheid doeltreffend kan worden uitgeoefend (advies 1/94, reeds aangehaald, punt 89), en een internationale overeenkomst dus noodzakelijk is ter verwezenlijking van doelstellingen van het Verdrag die niet door de vaststelling van autonome regels kunnen worden bereikt.

58 Dit is in casu niet het geval.

59 Niets in het Verdrag belet de instellingen immers in de door hen vastgestelde gemeenschappelijke regels te voorzien in een onderling afgestemd optreden tegenover de Verenigde Staten, of om de lidstaten een bepaalde gedragslijn voor te schrijven tegenover derde landen, om de discriminaties of de concurrentievervalsing te verhelpen die zouden kunnen voortvloeien uit de nakoming van de verbintenissen van bepaalde lidstaten jegens de Verenigde Staten in het kader van „open sky"-overeenkomsten (zie in die zin advies 1/94, reeds aangehaald, punt 79). Het is dus niet bewezen dat, wegens dergelijke discriminaties of concurrentievervalsing, de doelstellingen van het Verdrag inzake luchtvervoer niet kunnen worden bereikt door autonome regels vast te stellen.

60 Verder heeft de Raad in 1992 het „derde maatregelenpakket" kunnen vaststellen, waarmee volgens de Commissie de interne markt voor luchtvervoer is gerealiseerd op basis van de vrijheid van dienstverrichting, zonder dat het destijds

nodig bleek dat de Gemeenschap daartoe met de Verenigde Staten een overeenkomst inzake luchtvervoer sloot. Uit de stukken blijkt integendeel dat de Raad, die volgens het Verdrag bevoegd is om maatregelen inzake luchtvervoer te nemen en de grenzen vast te stellen waarbinnen de Gemeenschap op dit gebied kan optreden, het niet nodig vond op gemeenschapsniveau met de Verenigde Staten te onderhandelen (zie punt 18 van het onderhavige arrest). Pas in juni 1996, dus nadat gebruik was gemaakt van de interne bevoegdheid, heeft de Raad de Commissie gemachtigd om met de Verenigde Staten over een overeenkomst inzake luchtvervoer te onderhandelen en haar daartoe een beperkt mandaat verleend, met dien verstande dat hij in de gemeenschappelijke verklaring van de Raad en de Commissie van 1996 heeft gepreciseerd dat het stelsel van bilaterale overeenkomsten met de Verenigde Staten zou worden gehandhaafd tot een nieuwe overeenkomst zou zijn gesloten die de Gemeenschap verbindt (zie punten 19 en 20 van het onderhavige arrest).

61 Aan de vaststelling in de vorige punten doet niet af dat de handelingen van de Raad inzake de interne markt voor luchtvervoer een aantal bepalingen betreffende de onderdanen van derde landen bevatten (zie bijvoorbeeld punten 12-14 van het onderhavige arrest). Aangezien de strekking van deze bepalingen vrij beperkt is, kan hieruit, anders dan de Commissie stelt, niet worden afgeleid dat de verwezenlijking van de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van het luchtvervoer ten behoeve van de onderdanen van de lidstaten, onverbrekelijk is verbonden met de wijze waarop onderdanen van derde landen in de Gemeenschap, of onderdanen van de lidstaten in derde landen moeten worden behandeld.

62 Bijgevolg is in casu geen sprake van een situatie waarin de interne bevoegdheid slechts tezamen met de externe bevoegdheid nuttig kon worden uitgeoefend.

63 Gelet op een en ander dient te worden vastgesteld, dat de Gemeenschap zich in 1995, toen het Koninkrijk Denemarken met de Verenigde Staten de aan de orde zijnde wijzigingen overeenkwam, niet kon beroepen op het bestaan van een exclusieve externe bevoegdheid in de zin van advies 1/76, om een overeenkomst inzake luchtvervoer te sluiten met de Verenigde Staten.

64 Het middel inzake niet-nakoming wegens schending van een dergelijke bevoegdheid door het Koninkrijk Denemarken, is dus ongegrond.

Het bestaan van een externe bevoegdheid van de Gemeenschap in de zin van het arrest AETR

Argumenten van partijen

65 De Commissie stelt dat de gemeenschapswetgever binnen het rechtskader van het „derde maatregelenpakket" tot liberalisering van het luchtvervoer een omvattend geheel van gemeenschappelijke regels heeft vastgesteld op basis waarvan de interne markt voor luchtvervoer tot stand is gebracht uitgaand van de vrijheid van dienstverrichting. In deze gemeenschappelijke regels heeft de Gemeenschap de voorwaarden vastgelegd waaraan de werking van de interne markt dient te voldoen, met name, wat de toegang tot deze markt betreft, in de vorm van vervoersrechten voor routes tussen en binnen de lidstaten. Bovendien omvatten vele van deze maatregelen bepalingen betreffende luchtvaartmaatschappijen uit derde landen of uit de landen waarin of van waaruit deze maatschappijen actief zijn. Naast dit geheel van regels wijst de Commissie nog op de verordeningen nrs. 2299/89 en 95/93, die haars inziens voorbeelden zijn van maatregelen waarbij de lidstaten een bepaalde gedragslijn tegenover derde landen wordt voorgeschreven.

66 Gelet op dit volledige stelsel van gemeenschappelijke regels, hebben de lidstaten volgens de Commissie niet meer de bevoegdheid om individueel of gezamenlijk verbintenissen aan te gaan die tegen deze regels ingaan, door vervoersrechten uit te wisselen en derde landen toegang tot de intracommunautaire markt te verlenen. De Gemeenschap is dus bij uitsluiting bevoegd om over dergelijke internationale verbintenissen te onderhandelen en hierover overeenkomsten te sluiten. Tot staving van haar zienswijze verwijst de Commissie met name naar het reeds aangehaalde arrest AETR en naar de reeds aangehaalde adviezen 1/94 en 2/92.

67 Volgens de Commissie zijn dergelijke internationale verbintenissen, indien zij niet door de Gemeenschap zijn aangegaan, in strijd met het gemeenschapsrecht en verstoren zij de goede werking hiervan, doordat de deelneming van luchtvaartmaatschappijen van derde landen aan de gemeenschappelijke markt leidt tot discriminaties, concurrentievervalsing en destabilisering van de markt. De Amerikaanse luchtvaartmaatschappijen zouden aldus binnen de Gemeenschap actief kunnen zijn zonder aan alle communautaire verplichtingen te moeten voldoen, de verkeersstromen zouden zich verplaatsen naar een bepaalde lidstaat ten nadele van andere lidstaten, en het met de gemeenschappelijke regels nagestreefde evenwicht zou worden verbroken.

68 Volgens de Commissie volgt uit de punten 25 en 26 van advies 2/91 van 19 maart 1993 (Jurispr. blz. I-1061), dat de lidstaten geen internationale verbintenissen mogen aangaan, zelfs niet om aan de bestaande communautaire regeling te voldoen, omdat deze laatste hierdoor te star dreigt te worden, aangezien het moeilijker wordt ze aan te passen en te wijzigen, hetgeen een „aantasting" van deze communautaire regeling betekent.

69 Subsidiair stelt de Commissie dat, ook al was er geen sluitend geheel van gemeenschappelijke regels vastgesteld, dit de uitkomst van het beroep niet zou veranderen aangezien, zoals het Hof in de punten 25 en 26 van het reeds aangehaalde advies 2/91 heeft bevestigd, de communautaire bevoegdheid wordt geacht vast te staan indien de betrokken overeenkomst betrekking heeft op een gebied dat reeds grotendeels wordt bestreken door communautaire regelgeving die geleidelijk tot stand is gebracht, hetgeen in casu het geval is.

70 Ook al zou het Hof dienen vast te stellen dat de Gemeenschap niet bij uitsluiting bevoegd is voor bepaalde door de betrokken verbintenissen geregelde aangelegenheden omdat voor deze aangelegenheden bepaalde gemeenschappelijke regels ontbreken, zou het Koninkrijk Denemarken niet alleen, dat wil zeggen zonder de medewerking van de Gemeenschap, de betrokken verbintenissen kunnen aangaan.

71 Volgens de Deense regering blijkt uit het derde „maatregelenpakket" tot liberalisering van het luchtvervoer, dat wil zeggen uit de

verordeningen nrs. 2407/92, 2408/92 en 2409/92, dat deze maatregelen betrekking hebben op de interne markt, maar niet dat deze markt niet kan worden onderscheiden van de externe markt. Dit is met name wél mogelijk omdat communautaire luchtvaartmaatschappijen hoofdzakelijk binnen de gemeenschappelijke markt vluchten uitvoeren en het grootste deel van in de Europese Gemeenschap gevestigde luchtvaartmaatschappijen slechts vliegen op intracommunautaire routes. De Deense regering stelt verder dat de vele overeenkomsten inzake luchtvervoer tussen de lidstaten en derde landen tot op heden niet de totstandbrenging van een goed werkende interne markt voor luchtvervoer hebben kunnen verhinderen.

72 Een exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap kan volgens de Deense regering slechts haar oorsprong vinden in drie omstandigheden, namelijk, in de eerste plaats, een volledige communautaire harmonisatie op het betrokken gebied, in de tweede plaats, de vaststelling van communautaire regels betreffende de status van personen en vennootschappen uit derde landen en, in de derde plaats, de vaststelling van communautaire regels waarbij de gemeenschapsinstellingen de bevoegdheid wordt verleend om met derde landen verdragen te sluiten.

73 De Deense regering betwist dat de uit de wijzigingen van 1995 voortvloeiende bilaterale verbintenissen de gemeenschapswetgeving aantasten in de zin van het reeds aangehaalde arrest AETR. Om te beginnen ontbreekt volgens haar in de sector van het luchtvervoer een sluitend geheel van gemeenschappelijke regels. Verder stelt zij dat bovenbedoelde verbintenissen niet in strijd zijn met de in deze sector vastgestelde bepalingen van gemeenschapsrecht. Ten slotte betoogt zij dat deze bepalingen de Gemeenschap niet de bevoegdheid verlenen om met derde landen overeenkomsten te sluiten.

74 Inzonderheid hebben de verordeningen nrs. 2407/92, 2408/92 en 2409/92, die het „derde pakket" vormen, geen betrekking op luchtvervoersdiensten tussen de Gemeenschap en derde landen, en evenmin op vervoersrechten van maatschappijen van derde landen. De bestreden verbintenissen tasten de met het „derde

pakket" ingevoerde regeling dus niet aan. Verder worden de bepalingen over derde landen in bepaalde door de Commissie genoemde verordeningen volgens de Deense regering door de betrokken verbintenissen niet aangetast, evenmin als de bepalingen van deze verordeningen betreffende slots en CRS.

Beoordeling door het Hof

75 Er zij aan herinnerd dat, zoals reeds is vastgesteld in de punten 54 en 55 van het onderhavige arrest, artikel 84, lid 2, van het Verdrag de Gemeenschap weliswaar geen externe bevoegdheid inzake luchtvervoer verleent, maar wel in een communautaire handelingsbevoegdheid op dit gebied voorziet, die het evenwel afhankelijk stelt van een voorafgaand besluit van de Raad.

76 Het is overigens op grond van deze bepaling dat de Raad het „derde maatregelenpakket" inzake luchtvervoer heeft vastgesteld.

77 Het Hof heeft in de punten 16 tot en met 18 en 22 van het reeds aangehaalde arrest AETR reeds geoordeeld, dat de bevoegdheid van de Gemeenschap tot het sluiten van internationale overeenkomsten niet alleen voortvloeit uit een uitdrukkelijke bevoegdheidstoekenning in het Verdrag, maar ook kan voortvloeien uit andere verdragsbepalingen en uit handelingen die de gemeenschapsinstellingen in het kader van deze bepalingen hebben gesteld; dat meer in het bijzonder, telkens wanneer de Gemeenschap voor de tenuitvoerlegging van een in het Verdrag voorgeschreven gemeenschappelijk beleid bepalingen heeft vastgesteld waarbij in enigerlei vorm gemeenschappelijke regels worden ingevoerd, de lidstaten niet meer gerechtigd zijn om, individueel of zelfs gezamenlijk, met derde landen verbintenissen aan te gaan die deze regels aantasten of de strekking ervan wijzigen; dat immers, naargelang deze gemeenschappelijke regels worden ingevoerd, alleen de Gemeenschap in staat is de jegens derde staten aangegane verbintenissen op zich te nemen en uit te voeren, met uitwerking voor het gehele toepassingsgebied van de communautaire rechtsorde.

78 Nu deze zienswijze impliceert dat de Gemeenschap wordt geacht een exclusieve externe bevoegdheid te ontlenen aan de vaststelling van interne regelgeving, rijst de vraag of dit ook geldt in het kader van een bepaling als artikel 84, lid 2, van het Verdrag, dat de Raad de bevoegdheid verleent te besluiten „of, in hoeverre en volgens welke procedure, passende bepalingen zullen kunnen worden genomen" voor het luchtvervoer, dus ook voor het externe aspect ervan.

79 Dienaangaande zij opgemerkt dat, indien de lidstaten vrij waren internationale verbintenissen aan te gaan die de op grond van artikel 84, lid 2, van het Verdrag vastgestelde gemeenschappelijke regels aantasten, dit de verwezenlijking van het met deze regels nagestreefde doel in gevaar zou brengen en de Gemeenschap dus zou beletten haar taak als hoedster van het gemeenschappelijk belang te vervullen.

80 De vaststellingen van het Hof in het arrest AETR gelden dus ook wanneer de Raad, zoals in casu, op grond van artikel 84, lid 2, van het Verdrag gemeenschappelijke regels heeft vastgesteld.

81 Verder dient te worden nagegaan onder welke voorwaarden de betrokken internationale verbintenissen de draagwijdte van de gemeenschappelijke bepalingen kunnen aantasten of wijzigen, en dus onder welke voorwaarden de Gemeenschap een externe bevoegdheid verkrijgt uit hoofde van de uitoefening van haar interne bevoegdheid.

82 Volgens 's Hofs rechtspraak is dit het geval, wanneer de internationale verbintenissen binnen de werkingssfeer van de gemeenschappelijke regels vallen (arrest AETR, reeds aangehaald, punt 30), of in elk geval binnen een gebied dat reeds grotendeels door dergelijke regels wordt bestreken (advies 2/91, reeds

aangehaald, punt 25). In laatstbedoeld geval oordeelde het Hof dat de lidstaten niet buiten het kader van de gemeenschapsinstellingen internationale verbintenissen mogen aangaan, zelfs niet wanneer er geen tegenstrijdigheid bestaat tussen deze verbintenissen en de gemeenschappelijke regels (advies 2/91, reeds aangehaald, punten 25 en 26).

83 Wanneer de Gemeenschap dus in haar interne wettelijke voorschriften bepalingen heeft opgenomen betreffende de behandeling van onderdanen van derde landen, of wanneer zij haar instellingen uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft verleend om met derde landen te onderhandelen, verkrijgt zij een exclusieve externe bevoegdheid op het door die voorschriften bestreken gebied (reeds aangehaalde adviezen 1/94, punt 95, en 2/92, punt 33).

84 Dit geldt zelfs bij ontstentenis van een bepaling die de gemeenschapsinstellingen uitdrukkelijk machtigt om met derde landen te onderhandelen, wanneer de Gemeenschap een bepaald gebied volledig heeft geharmoniseerd, want de aldus vastgestelde gemeenschappelijke regels zouden kunnen worden aangetast in de zin van het arrest AETR, indien de lidstaten vrij bleven om met derde landen te onderhandelen (reeds aangehaalde adviezen 1/94, punt 96, en 2/92, punt 33).

85 Daarentegen volgt uit de redenering in de punten 78 en 79 van advies 1/94, dat de eventuele verleggingen van de dienstenstromen in de interne markt die uit de door de lidstaten met derde landen gesloten „open sky"-overeenkomsten kunnen voortvloeien, op zich de op dit gebied vastgestelde gemeenschappelijke regels niet aantasten, en dus niet de grondslag kunnen vormen van een externe bevoegdheid van de Gemeenschap.

86 Niets in het Verdrag belet de instellingen immers, in de door hen vastgestelde gemeenschappelijke regels te voorzien in een onderling afgestemd optreden tegenover derde landen, of om de lidstaten een bepaalde gedragslijn tegenover deze landen voor te schrijven (advies 1/94, reeds aangehaald, punt 79).

87 Tegen de achtergrond van deze overwegingen dient te worden nagegaan, of de door de Commissie in het onderhavige beroep genoemde gemeenschappelijke regels kunnen worden aangetast door de internationale verbintenissen die het Koninkrijk Denemarken is aangegaan.

88 Vaststaat dat de betrokken verbintenissen tussen partijen een toekenning van rechten van de vijfde vrijheid inhouden, krachtens welke een door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappij tijdens een vlucht van of naar de Verenigde Staten passagiers mag vervoeren tussen het Koninkrijk Denemarken en een andere lidstaat van de Europese Unie. De Commissie stelt om te beginnen dat deze verbintenis, tezamen met alle andere door de lidstaten met de Verenigde Staten gesloten bilaterale verbintenissen van dit type, een aantasting betekent van verordening nr. 2407/92 en van verordening nr. 2408/92, doordat zij de luchtvaartmaatschappijen van de Verenigde Staten de mogelijkheid biedt op intracommunautaire routes te vliegen zonder te voldoen aan de voorwaarden van verordening nr. 2407/92.

89 Dit argument kan niet worden aanvaard.

90 Blijkens het opschrift en artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2408/92 betreft deze verordening de toegang van uitsluitend communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes, en volgens artikel 2, sub b, is een communautaire luchtvaartmaatschappij een luchtvaartmaatschappij met een geldige, door een lidstaat overeenkomstig verordening nr. 2407/92 verleende exploitatievergunning. Volgens de artikelen 1, lid 1, en 4 van verordening nr. 2407/92 betreft deze verordening de voorwaarden voor de verlening en de handhaving van exploitatievergunningen door de lidstaten ten aanzien van in de Gemeenschap gevestigde luchtvaartmaatschappijen die, onverminderd overeenkomsten en verdragen waarbij de Gemeenschap partij is, rechtstreeks of via een meerderheidsparticipatie in handen zijn van lidstaten en/of van onderdanen van lidstaten, die daadwerkelijk zeggenschap over deze maatschappijen uitoefenen.

91 Hieruit volgt dat verordening nr. 2408/92 niet de toekenning regelt van vervoersrechten op intracommunautaire routes aan niet-communautaire luchtvaartmaatschappijen. Evenmin regelt verordening nr. 2407/92 de verlening van exploitatievergunningen aan niet-communautaire luchtvaartmaatschappijen die binnen de Gemeenschap activiteiten ontplooien.

92 Aangezien de betrokken internationale verbintenissen niet vallen binnen een gebied dat reeds door de verordeningen nrs. 2407/92 en 2408/92 wordt bestreken, kunnen zij niet worden geacht deze verordeningen om de door de Commissie genoemde reden aan te tasten.

93 Bovendien wijst het enkele feit dat deze twee verordeningen niet de situatie regelen van luchtvaartmaatschappijen uit derde landen die binnen de Gemeenschap activiteiten ontplooien, erop dat, anders dan de Commissie stelt, het „derde maatregelenpakket" niet volledig is.

94 De Commissie stelt verder dat de discriminaties en de concurrentievervalsing waartoe de betrokken internationale verbintenissen — samen met de door de andere lidstaten aangegane overeenkomstige verbintenissen — leiden, de normale werking van de interne markt voor luchtvervoer aantasten.

95 Zoals in punt 85 van het onderhavige arrest is vastgesteld, houdt een dergelijke situatie evenwel geen aantasting van de gemeenschappelijke regels in, en kan zij dus niet de grondslag vormen van een externe bevoegdheid van de Gemeenschap.

96 De Commissie stelt ten slotte dat de door haar genoemde gemeenschapswetgeving talrijke bepalingen bevat betreffende derde landen en luchtvaartmaatschappijen van derde landen. Dit geldt met name voor de verordeningen nrs. 2409/92, 2299/89 en 95/93.

97 Dienaangaande zij er in de eerste plaats op gewezen, dat verordening nr. 2409/92 volgens artikel 1, lid 2, sub a, ervan niet geldt voor de tarieven van andere dan communautaire luchtvaartmaatschappijen, dit evenwel „onverminderd lid 3" van hetzelfde artikel. Volgens artikel 1, lid 3, van verordening nr. 2409/92 hebben alleen communautaire luchtvaartmaatschappijen het recht om nieuwe producten dan wel lagere dan de bestaande tarieven voor dezelfde producten in te voeren.

98 In hun onderlinge samenhang beschouwd, volgt uit deze bepalingen, dat verordening nr. 2409/92 luchtvaartmaatschappijen van derde landen die in de Gemeenschap activiteiten ontplooien, indirect maar zeker een verbod heeft opgelegd om nieuwe producten aan te bieden dan wel lagere tarieven toe te passen dan die welke gelden voor identieke producten. Aldus heeft de gemeenschapswetgever de tariefvrijheid van deze maatschappijen beperkt, wanneer zij op intracommunautaire routes vliegen krachtens hun rechten van de vijfde vrijheid. Binnen het toepassingsgebied van artikel 1, lid 3, van verordening nr. 2409/92 heeft de Gemeenschap dus de exclusieve bevoegdheid verkregen om met derde landen verbintenissen aan te gaan inzake deze beperking van de tariefvrijheid van niet-communautaire luchtvaartmaatschappijen.

99 Vanaf de inwerkingtreding van verordening nr. 2409/92 kon het Koninkrijk Denemarken dus niet langer alleen internationale verbintenissen aangaan betreffende de tarieven van luchtvaartmaatschappijen uit derde landen op intracommunautaire routes.

100 Blijkens de stukken is het Koninkrijk Denemarken evenwel met de wijzigingen die in 1995 zijn aangebracht aan artikel 9 van de overeenkomst van 1944 — dat is herschreven — een dergelijke verbintenis aangegaan. Aldus heeft deze lidstaat inbreuk gemaakt op de uit artikel 1, lid 3, van verordening nr. 2409/92 voortvloeiende exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap.

101 Aan deze vaststelling doet niet af dat bovenbedoeld artikel 9 bepaalt dat voor luchttransporten waarop verordening nr. 2409/92 van toepassing is, moet worden voldaan aan deze verordening. Deze prijzenswaardige inspanning van het Koninkrijk Denemarken ter verzekering van de toepassing van verordening nr. 2409/92 neemt niet weg dat de niet-nakoming door deze lidstaat voortvloeit uit het feit dat zij niet gerechtigd was een dergelijke verbintenis alleen aan te gaan, ook al is de inhoud ervan niet in strijd met het gemeenschapsrecht.

102 In de tweede plaats volgt uit de artikelen 1 en 7 van verordening nr. 2299/89 dat deze verordening, onder voorbehoud van wederkerigheid, ook geldt voor onderdanen van derde landen die een CRS op het grondgebied van de Gemeenschap aanbieden of gebruiken.

103 Op grond van deze verordening heeft de Gemeenschap dus de exclusieve bevoegdheid verworven om met derde landen verbintenissen aan te gaan betreffende de op haar grondgebied aangeboden of gebruikte CRS.

104 Onbetwist is, dat bij de wijzigingen in 1995 aan de overeenkomst van 1944 een bijlage III is toegevoegd, met de CRS-beginselen, daaronder begrepen de beginselen inzake op het grondgebied van het Koninkrijk Denemarken aangeboden of gebruikte CRS. Aldus heeft deze lidstaat inbreuk gemaakt op de uit verordening nr. 2299/89 voortvloeiende exclusieve externe bevoegdheid van de Gemeenschap.

105 Aan de vaststelling in het vorige punt doet niet af dat in het „memorandum of consultations" van 26 april 1995, dat is gevoegd bij de overeenkomst met de wijzigingsbepalingen, is aangegeven dat bovenbedoelde bijlage III slechts toepassing kan vinden voorzover de bepalingen ervan niet onverenigbaar zijn met de betrokken communautaire bepalingen. De niet-nakoming door het

Koninkrijk Denemarken vloeit immers voort uit het loutere feit dat het de in het vorige punt genoemde internationale verbintenissen inzake CRS is aangegaan.

106 In de derde plaats, ten slotte, is verordening nr. 95/93 betreffende de toewijzing van „slots" op communautaire luchthavens, zoals in punt 14 van het onderhavige arrest is beklemtoond, onder voorbehoud van wederkerigheid van toepassing op luchtvaartmaatschappijen uit derde landen, zodat de Gemeenschap vanaf de inwerkingtreding van deze verordening over een exclusieve bevoegdheid beschikt om op dit gebied overeenkomsten met derde landen te sluiten.

107 Zoals de advocaat-generaal in punt 107 van zijn conclusie terecht heeft opgemerkt, heeft de Commissie evenwel niet aangetoond dat de clausule betreffende de eerlijke mededinging in artikel 10 van de overeenkomst van 1944, zoals gewijzigd in 1995, ook geldt voor de toewijzing van slots, zoals zij stelt.

108 Zoals de Commissie in haar verzoekschrift heeft uiteengezet, omvat bovenbedoeld artikel 10, sub a, immers een algemene bepaling waarbij aan de luchtvaartmaatschappijen van de twee contractpartijen dezelfde concurrentiemogelijkheden worden gewaarborgd. Uit de algemene formulering van een dergelijke clausule kan, bij ontbreken van relevante elementen waaruit de wil van de twee partijen duidelijk kan worden afgeleid, niet worden opgemaakt of het Koninkrijk Denemarken een verbintenis inzake de toewijzing van slots is aangegaan. Tot staving van haar stelling heeft de Commissie slechts een rapport van een overheidsinstantie van de Verenigde Staten aangehaald, volgens welke dergelijke clausules normaal ook betrekking hebben op de toewijzing van slots.

109 Bijgevolg is de uit dien hoofde aan het Koninkrijk Denemarken verweten niet-nakoming niet bewezen.

110 Op grond van artikel 5 van het Verdrag zijn de lidstaten verplicht, de vervulling van de taak van de Gemeenschap te vergemakkelijken en zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen.

111 Op het gebied van de externe relaties heeft het Hof geoordeeld, dat de taak van de Gemeenschap en de doelstellingen van het Verdrag in het gedrang zouden komen wanneer de lidstaten internationale verbintenissen konden aangaan waarvan de bepalingen gemeenschapsregels zouden kunnen aantasten of aan de strekking ervan zouden kunnen afdoen (zie advies 2/91, reeds aangehaald, punt 11; zie ook in die zin arrest AETR, reeds aangehaald, punten 21 en 22).

112 Gelet op een en ander, heeft het Koninkrijk Denemarken, door internationale verbintenissen aan te gaan betreffende de tarieven van de door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappijen op intracommunautaire routes, en betreffende de op Deens grondgebied aangeboden of gebruikte CRS, niet voldaan aan de krachtens artikel 5 van het Verdrag en de verordeningen nrs. 2409/92 en 2299/89 op hem rustende verplichtingen.

Niet-nakoming wegens schending van artikel 52 van het Verdrag

Argumenten van partijen

113 Volgens de Commissie is de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen in strijd met artikel 52 van het Verdrag, omdat het Koninkrijk Denemarken onderdanen van andere lidstaten, en met name de in

die lidstaten opgerichte maatschappijen en ondernemingen met een vestiging in het Koninkrijk Denemarken, niet dezelfde behandeling verzekert als Deense onderdanen.

114 De door de Deense regering aangehaalde woorden „wetgeving" en „bepalingen" in artikel 52 van het Verdrag zijn volgens de Commissie niet beslissend. Deze woorden moeten worden geacht ook betrekking te hebben op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de door het Koninkrijk Denemarken met derde landen gesloten internationale overeenkomsten.

115 Het argument dat een bepaling zoals de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen traditioneel deel uitmaakt van de bilaterale overeenkomsten en op wederkerigheid is gebaseerd, kan niet overtuigen, aangezien het voorbijgaat aan het feit dat over dergelijke clausules kan worden onderhandeld om rekening te houden met een bijzondere situatie zoals die welke door het gemeenschapsrecht in het leven is geroepen. In elk geval kan het Koninkrijk Denemarken zijn verantwoordelijkheid op grond van artikel 52 van het Verdrag niet op de Verenigde Staten afwentelen.

116 De Deense regering kan zich niet met een beroep op artikel 56 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 46 EG) onttrekken aan de krachtens artikel 52 van het Verdrag op haar rustende verplichtingen. Zij preciseert niet de aard van de dwingende vereisten die in casu de toepassing van artikel 56 zouden rechtvaardigen. De toevoeging van een clausule als die betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen in bilaterale overeenkomsten lijkt eerder te zijn ingegeven door economische overwegingen, die niet onder artikel 56 van het Verdrag vallen en te maken hebben met het feit dat de partijen bij de overeenkomst weigeren de commerciële voordelen uit te breiden tot luchtvaartmaatschappijen in handen van onderdanen van landen waarmee geen „open sky"-overeenkomst is gesloten.

117 Volgens de Deense regering heeft de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen betrekking op situaties waarin door de autoriteiten van de Verenigde Staten vervoersrechten voor vluchten op Amerikaanse bestemmingen zijn verleend, en waarvoor artikel 52 van het Verdrag dus niet geldt.

118 Verder stelt de Deense regering dat volgens de formulering van artikel 52 van het Verdrag de vrijheid van vestiging eenvoudigweg de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst omvat en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen „overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld". Volgens de Deense regering suggereert het woord „wetgeving" dat de lidstaat van vestiging bevoegd is om rechten te verlenen die worden geacht van belang te zijn voor de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging. Dat is in casu niet het geval. De concrete toepassing van de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen valt duidelijk buiten de bevoegdheidssfeer van de Deense autoriteiten. Verder kan volgens de Deense regering het woord „bepalingen" in artikel 52 van het Verdrag niet zo ruim worden opgevat dat het elk voordeel omvat dat de onderdanen van het land van vestiging krachtens vroegere bilaterale overeenkomsten eventueel in derde landen kunnen genieten.

119 Een clausule als die betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen is volkomen gebruikelijk in bilaterale overeenkomsten in de sector luchtvervoer, en is gebaseerd op wederkerigheid, aangezien de Amerikaanse autoriteiten de mogelijkheid willen behouden om vervoersrechten te weigeren aan luchtvaartmaatschappijen die zijn gevestigd in landen die Amerikaanse luchtvaartmaatschappijen geen gelijkwaardige rechten op hun grondgebied verlenen.

120 Deze clausule beperkt geenszins het recht van onderdanen van andere lidstaten om zich in het Koninkrijk Denemarken te vestigen. Bovendien kan het Koninkrijk Denemarken geen invloed uitoefenen op de eventuele beslissing van de Verenigde Staten om zich op deze clausule te beroepen.

121 Subsidiair stelt de Deense regering, dat de uitzondering van artikel 56 van het Verdrag in casu van toepassing is. Onder verwijzing naar het in dit artikel bepaalde stelt zij, dat zij zich steeds het recht zal voorbehouden om in bepaalde gevallen vervoersrechten te weigeren aan luchtvaartmaatschappijen die door de Verenigde Staten zijn aangewezen, maar in handen zijn van onderdanen van derde landen. Volgens de Deense regering is inherent aan een onderhandelingsbeleid dat uitzonderingsbepalingen volgens welke in een aantal gevallen aan bepaalde luchtvaartmaatschappijen concessies mogen worden geweigerd, niet te vermijden zijn in bilaterale overeenkomsten inzake luchtvervoer, en dat een clausule als die betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen dus ingevolge artikel 56 van het Verdrag verenigbaar is met artikel 52 van het Verdrag.

Beoordeling door het Hof

122 Aangaande de toepasselijkheid van artikel 52 van het Verdrag in het onderhavige geval, zij opgemerkt dat deze bepaling, die volgens de Commissie door het Koninkrijk Denemarken is geschonden, van toepassing is inzake luchtvervoer.

123 Volgens artikel 61 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 51 EG) zijn de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrij verrichten van diensten immers weliswaar niet van toepassing op vervoersdiensten, die worden geregeld door de bepalingen van de titel betreffende het vervoer, doch geen enkel verdragsartikel sluit uit dat de bepalingen van laatstbedoelde titel die betrekking hebben op de vrijheid van vestiging, van toepassing zijn op het vervoer.

124 Artikel 52 van het Verdrag geldt met name voor in een lidstaat gevestigde luchtvaartmaatschappijen die luchtvervoersdiensten verrichten tussen een lidstaat en een derde land. Alle in een lidstaat gevestigde maatschappijen in de zin van

artikel 52 van het Verdrag vallen onder deze bepaling, zelfs indien hun activiteit in deze lidstaat bestaat in vervoersdiensten naar derde landen.

125 Aangaande de vraag of het Koninkrijk Denemarken artikel 52 van het Verdrag heeft geschonden, zij eraan herinnerd dat de vrijheid van vestiging volgens deze bepaling de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst omvat, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, EG-Verdrag (thans artikel 48, tweede alinea, EG), overeenkomstig de bepalingen die door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

126 De artikelen 52 en 58 van het Verdrag garanderen gemeenschapsonderdanen die gebruik hebben gemaakt van de vrijheid van vestiging, alsmede de daarmee gelijkgestelde vennootschappen, in de lidstaat van ontvangst het voordeel van de nationale behandeling (zie arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 35), en dit zowel met betrekking tot de toegang tot een beroepsactiviteit bij een eerste vestiging als met betrekking tot de uitoefening van deze activiteit door de in de lidstaat van ontvangst gevestigde persoon.

127 Het Hof heeft aldus geoordeeld, dat de lidstaat die een bilateraal dubbelbelastingsverdrag met een derde land heeft gesloten, ingevolge het beginsel van de nationale behandeling verplicht is, de bij dit verdrag toegekende voordelen te verlenen aan vaste inrichtingen van in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor in de verdragsluitende lidstaat gevestigde vennootschappen (zie arrest Saint-Gobain ZN, reeds aangehaald, punt 59, en arrest van 15 januari 2002, Gottardo, C-55/00, Jurispr. blz. I-413, punt 32).

128 In casu biedt de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen met name de Verenigde Staten de mogelijkheid, een

concessie of een vergunning te weigeren aan een luchtvaartmaatschappij die door het Koninkrijk Denemarken is aangewezen, maar die niet voor een wezenlijk deel in handen is van of daadwerkelijk wordt gecontroleerd door deze lidstaat of door Deense of Amerikaanse onderdanen, dan wel deze concessie of vergunning in te trekken.

129 Het lijdt geen twijfel dat de in het Koninkrijk Denemarken gevestigde maatschappijen die voor een wezenlijk deel in handen zijn van en daadwerkelijk worden gecontroleerd door een andere lidstaat dan het Koninkrijk Denemarken of door onderdanen van een dergelijke lidstaat (hierna: „communautaire luchtvaartmaatschappijen"), door deze clausule kunnen worden benadeeld.

130 Daarentegen zijn de Verenigde Staten blijkens de formulering van deze clausule in beginsel verplicht, de nodige concessies of vergunningen te verlenen aan luchtvaartmaatschappijen die voor een wezenlijk deel in handen zijn van en daadwerkelijk worden gecontroleerd door het Koninkrijk Denemarken of door Deense onderdanen (hierna: „Deense luchtvaartmaatschappijen").

131 Uit het voorgaande volgt, dat communautaire luchtvaartmaatschappijen steeds kunnen worden uitgesloten van de toepassing van de overeenkomst inzake luchtvervoer tussen het Koninkrijk Denemarken en de Verenigde Staten, terwijl deze overeenkomst automatisch geldt voor de Deense luchtvaartmaatschappijen. De communautaire luchtvaartmaatschappijen worden dus gediscrimineerd aangezien zij in de lidstaat van ontvangst, namelijk het Koninkrijk Denemarken, niet het voordeel van de nationale behandeling genieten.

132 Anders dan het Koninkrijk Denemarken stelt, vindt deze discriminatie rechtstreeks haar oorsprong niet in het eventuele gedrag van de Verenigde Staten, maar in de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen, die de Verenigde Staten juist het recht verleent zich aldus te gedragen.

133 Bijgevolg is de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen in strijd met artikel 52 van het Verdrag.

134 Gelet op een en ander, is het irrelevant dat een dergelijke clausule traditioneel deel uitmaakt van bilaterale overeenkomsten inzake luchtvervoer en tot doel heeft het recht van een derde land te verzekeren om slechts op basis van wederkerigheid vervoersrechten in zijn eigen luchtruim te verlenen. De aan het Koninkrijk Denemarken verweten niet-nakoming vloeit in casu immers voort uit het feit dat het hoe dan ook bij de herziening van de overeenkomst van 1944 een clausule heeft gehandhaafd die afbreuk doet aan de rechten die communautaire luchtvaartmaatschappijen ontlenen aan artikel 52 van het Verdrag.

135 Aangaande het betoog van de Deense regering ter rechtvaardiging van de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen zij eraan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak slechts een beroep kan worden gedaan op de openbare orde en de openbare veiligheid als rechtvaardigingsgronden in de zin van artikel 56 van het Verdrag, indien een discriminerende maatregel dient te worden gehandhaafd om het hoofd te bieden aan een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (zie in die zin arresten van 27 oktober 1977, Bouchereau, 30/77, Jurispr. blz. 1999, punt 35; 29 oktober 1998, Commissie/Spanje, C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punt 46, en 19 januari 1999, Calfa, C-348/96, Jurispr. blz. I-11, punt 21). Bijgevolg moet er een rechtstreeks verband bestaan tussen deze bedreiging, die overigens actueel moet zijn, en de discriminerende maatregel die is vastgesteld om hieraan het hoofd te bieden (zie in die zin arrest van 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a., 325/85, Jurispr. blz. 2085, punt 36, en arrest Calfa, reeds aangehaald, punt 24).

136 In casu dient te worden vastgesteld, dat in de clausule betreffende de eigendom van en de controle over de luchtvaartmaatschappijen de mogelijkheid om een door de andere partij aangewezen luchtvaartmaatschappij een concessie of een

vergunning te weigeren of deze concessie of vergunning in te trekken, niet is beperkt tot het geval waarin deze maatschappij een gevaar betekent voor de openbare orde of de openbare veiligheid van de partij die deze concessies of vergunningen verleent.

137 In elk geval bestaat er geen rechtstreeks verband tussen een dergelijk — bovendien hypothetisch — gevaar dat de aanwijzing van een luchtvaartmaatschappij door de Verenigde Staten zou kunnen betekenen voor de openbare orde of de openbare veiligheid van het Koninkrijk Denemarken, en de algemene discriminatie van communautaire luchtvaartmaatschappijen.

138 Bijgevolg kan de door het Koninkrijk Denemarken aan artikel 56 van het Verdrag ontleende rechtvaardigingsgrond niet worden aanvaard.

139 In deze omstandigheden is het Koninkrijk Denemarken dus terecht niet-nakoming wegens schending van artikel 52 van het Verdrag verweten.

140 Gelet op een en ander, dient te worden vastgesteld dat het Koninkrijk Denemarken, door met de Verenigde Staten van Amerika internationale verbintenissen aan te gaan of ondanks de herziening van de overeenkomst van 1944 verbintenissen te handhaven

— betreffende de tarieven van de door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappijen op intracommunautaire routes,

— betreffende de op Deens grondgebied aangeboden of gebruikte CRS, en

— waarbij de Verenigde Staten het recht is verleend de vervoersrechten te weigeren of in te trekken wanneer de door het Koninkrijk Denemarken aangewezen luchtvaartmaatschappijen niet in handen zijn van laatstgenoemde of van Deense onderdanen,

niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens de artikelen 5 en 52 van het Verdrag en de verordeningen nrs. 2409/92 en 2299/89.

Kosten

141 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Daar het Koninkrijk Denemarken op de belangrijkste punten in het ongelijk is gesteld, dient het overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

142 Overeenkomstig artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering zal het Koninkrijk der Nederlanden zijn eigen kosten dragen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende, verstaat:

1) Door met de Verenigde Staten van Amerika internationale verbintenissen aan te gaan of ondanks de herziening van de overeenkomst inzake luchtvervoer van 16 december 1944 tussen het Koninkrijk Denemarken en de Verenigde Staten van Amerika verbintenissen te handhaven

— betreffende de tarieven van de door de Verenigde Staten aangewezen luchtvaartmaatschappijen op intracommunautaire luchtroutes,

— betreffende de op Deens grondgebied aangeboden of gebruikte geautomatiseerde boekingssystemen, en

— waarbij de Verenigde Staten het recht is verleend de vervoersrechten te weigeren of in te trekken wanneer de door het Koninkrijk Denemarken aangewezen luchtvaartmaatschappijen niet in handen zijn van laatstgenoemde of van Deense onderdanen,

heeft het Koninkrijk Denemarken niet voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG), artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG), en verordeningen (EEG) van de Raad nrs. 2409/92 van 23 juli 1992 inzake tarieven voor luchtdiensten, en 2299/89 van 24 juli 1989 betreffende gedragsregels voor geautomatiseerde boekingssystemen, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 3089/93 van de Raad van 29 oktober 1993.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) Het Koninkrijk Denemarken wordt verwezen in de kosten.

4) Het Koninkrijk der Nederlanden draagt zijn eigen kosten.

Puissochet Schintgen Gulmann

Edward La Pergola Jann

Skouris Macken Colneric

von Bahr Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 november 2002.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias