CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 27 september 2001 [1]

I — Inleiding

1. Het Portugese Supremo Tribunal Administrativo (hoogste administratieve rechter) verzoekt het Hof om uitlegging van verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (hierna: „verordening nr. 2408/92") [2]. Het prejudiciële verzoek betreft in het bijzonder de vraag of een overeenkomstig artikel 4 uitgeschreven aanbesteding van een luchtverbinding een beperking meebracht voor de in artikel 3, lid 2, vastgelegde bevoegdheden van een lidstaat, namelijk de mogelijkheid om cabotagerechten te weigeren; tevens wenst de verwijzende rechter in geval van een bevestigend antwoord te vernemen of dit ook geldt met betrekking tot een aanbesteding als die Portugal, op grond van een door de Commissie in 1994 aan de goedkeuring van een steunmaatregel verbonden voorwaarde, in 1995 heeft uitgeschreven maar die deze lidstaat wegens een tot 1997 respectievelijk 1998 geldende uitzonderingsregeling zonder deze voorwaarde eigenlijk nog niet had behoeven houden. In concreto gaat het om de vluchten tussen het Portugese vasteland en de autonome regio's Madeira en de Azoren.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB 1992, L 240, blz. 8.

II — Rechtskader

1) *Verordening nr. 2408/92*

Artikel 1, lid 1:

„1. Deze verordening betreft de toegang voor geregelde en niet-geregelde luchtdiensten tot routes in de Gemeenschap.

[...]"

[De leden 2 en 3 regelen de toepassing van de verordening op Gibraltar]

„4. Tot 30 juni 1993 [3] zijn de luchthavens op de Griekse eilanden en op de Atlantische eilanden die de autonome regio der Azoren vormen, van de toepassing van deze ver-

3 — De verordening op zich trad overeenkomstig artikel 16 op 1 januari 1993 in werking.

ordening vrijgesteld. Tenzij de Raad op voorstel van de Commissie anders besluit, geldt deze vrijstelling daarna voor een tweede periode van vijf jaar, waarna zij nogmaals met vijf jaar kan worden verlengd." [4]

Artikel 3:

„1. Met inachtneming van deze verordening wordt door de betrokken lidstaat (lidstaten) aan communautaire luchtvaartmaatschappijen toegestaan om vervoersrechten op routes in de Gemeenschap uit te oefenen.

2. In afwijking van lid 1 hoeft een lidstaat vóór 1 april 1997 [5] geen cabotagerechten binnen zijn grondgebied toe te staan aan communautaire luchtvaartmaatschappijen waaraan een andere lidstaat een vergunning heeft verleend, tenzij:

i) de verkeersrechten worden uitgeoefend op een luchtdienst die geregeld is als een uitbreiding van een dienst uit, of als een dienst die voorafgaat aan een dienst naar, de Staat van registratie;

ii) de luchtvaartmaatschappij voor deze cabotagedienst niet meer dan 50 % gebruikt van haar seizoenscapaciteit op dezelfde dienst waarvan de cabotagedienst een uitbreiding of een voorafgaande dienst is.

[...]"

Artikel 4:

„1. a) Een lidstaat kan, na overleg met de andere betrokken lidstaten en na de Commissie en de luchtvaartmaatschappijen die de betrokken route exploiteren, op de hoogte te hebben gesteld, een openbare dienstverplichting opleggen met betrekking tot geregelde luchtdiensten naar een luchthaven die de luchtverbindingen voor een perifeer of ontwikkelingsgebied op zijn grondgebied verzorgt of op een weinig geëxploiteerde route naar een regionale luchthaven op zijn grondgebied, wanneer een dergelijke route van vitaal belang wordt geacht voor de economische ontwikkeling van de regio waarin de luchthaven is gelegen en voorzover zulks noodzakelijk is om op die route een toereikend aanbod te waarborgen van geregelde lucht-

4 — De uitzondering gold, aangezien de Raad niet anders heeft beslist, voor de Azoren tot 30 juni 1998; tot een op zich mogelijke verlenging is niet besloten.

5 — Deze datum gold dientengevolge voor de vluchten van en naar Madeira.

diensten die voldoen aan vastgestelde normen inzake continuïteit, regelmaat, capaciteit en prijzen, aan welke normen luchtvaartmaatschappijen niet zouden voldoen indien zij alleen op hun eigen commerciële belangen zouden letten. De Commissie maakt het bestaan van deze openbare dienstverplichting bekend in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.*

h) Een lidstaat kan een luchtvaartmaatschappij die [...] is geselecteerd een vergoeding uitkeren voor het voldoen aan de normen van een op grond van dit lid opgelegde openbare dienstverplichting; voor deze vergoeding worden de kosten en inkomsten in verband met de betrokken dienst in aanmerking genomen."

Artikel 5:

[...]

d) Indien geen enkele luchtvaartmaatschappij een aanvang heeft gemaakt of op het punt staat een aanvang te maken met het onderhouden van geregelde luchtdiensten op een route in overeenstemming met de openbare dienstverplichtingen die voor die route zijn opgelegd, kan de lidstaat de toegang tot die route beperken tot slechts één luchtvaartmaatschappij voor een periode van ten hoogste drie jaar, waarna de situatie opnieuw moet worden bezien. Het recht om dergelijke diensten te exploiteren wordt voor één of voor een groep van dergelijke routes bij openbare aanbesteding aangeboden aan elke communautaire luchtvaartmaatschappij die het recht heeft dergelijke luchtdiensten te onderhouden. [...]

„Op binnenlandse routes waarvoor bij de inwerkingtreding van deze verordening bij wet of overeenkomst een exclusieve concessie is verleend en waarop andere takken van vervoer geen toereikende en ononderbroken dienst kunnen onderhouden, mag deze concessie tot de datum waarop zij afloopt, doch niet langer dan drie jaar, worden gehandhaafd."

2) *Steunbeschikking 94/698/EG*

Artikel 1, sub e en f, van beschikking 94/698/EG van de Commissie betreffende kapitaalverhoging, kredietgaranties en bestaande belastingvrijstelling voor

[...]

„Transportes Aéreos Portugueses SA" (TAP) [6] (hierna: „beschikking 94/698") bepaalt:

„De steunmaatregel [...] ten behoeve van de herstructurering van TAP [...] wordt beschouwd als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt [...] mits

[...]

e) Portugal uiterlijk vanaf 1 januari 1996 [7] artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 toepast op de autonome regio's Madeira en de Azoren en de openbare dienstverplichtingen voor de betrokken afzonderlijke routes publiceert (zie hoofdstuk VIII, punt 3);

f) Portugal de toezegging nakomt dat de liberalisering van niet-geregeld vervoer tussen alle luchthavens in de Gemeenschap en de Azoren betrekking heeft op alle diensten als bedoeld in Verordening (EEG) nr. 2408/92, met inbegrip van ‚seats only'- en ‚one way'-charter;

[...]."

2. In hoofdstuk VIII, punt 3, van de beschikking wordt een en ander als volgt gemotiveerd:

„De Commissie heeft terdege kennis genomen van de garanties en de verplichtingen van Portugal voor wat de tenuitvoerlegging van de regels over de toegang tot de gemeenschappelijke luchtvaartmarkt en de interpretatie van een aantal bepalingen betreft. De Commissie is van mening dat het wegnemen van de beperkingen die TAP tegen concurrentie beschermen, een passende compensatie biedt voor de verlening van de steunmaatregel, die het gemeenschappelijk belang dient krachtens artikel 92, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag, respectievelijk artikel 61, lid 3, onder c), van de EER-Overeenkomst. Met name heeft Portugal:

— bevestigd dat de liberalisatie van niet regelmatig vervoer tussen alle luchthavens in de Gemeenschap en de Azoren betrekking heeft op alle diensten als bedoeld in Verordening (EEG)

6 — PB 1994, L 279, blz. 29.

7 — De uitzonderingsbepaling voor Madeira gold op zich tot 1 april 1997 (zie artikel 3, lid 2), de uitzonderingsregeling voor de Azoren tot 30 juni 1998 (zie artikel 1, lid 4, van verordening nr. 2408/92 en voetnoot 5).

nr. 2408/92, met inbegrip van de ‚seat only'- en de ‚one way'-charter. Dit betekent dat dit soort luchtvervoer wordt toegestaan niettegenstaande het feit dat de Azoren tijdelijk van de toepassing van Verordening (EEG) nr. 2408/92 zijn uitgesloten;

— nogmaals bevestigd dat zij vastbesloten is in 1995 een openbare aanbestedingsprocedure te volgen voor de verbindingen tussen het Portugese vasteland en de autonome regio's Madeira en de Azoren overeenkomstig artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 2408/92. Bovendien ligt het in het voornemen van Portugal om de Commissie gedurende het eerste halfjaar van 1995 over de inhoud van de openbare dienstverplichtingen in te lichten, zodat deze in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* kunnen worden bekendgemaakt. In dit verband benadrukt de Commissie dat artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 2408/92 inhoudt, dat de omschrijving van de openbare dienstverplichtingen afzonderlijk in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* moet verschijnen. Indien na publicatie geen Europese luchtvaartmaatschappij bereid is deze openbare dienst op zich te nemen, wordt het recht om een dergelijke dienst te exploiteren in het kader van een openbare aanbesteding hetzij voor afzonderlijke routes hetzij voor groepen routes aan elke Europese luchtvaartmaatschappij aangeboden die een dergelijke dienst mag onderhouden."

3) *Aanbesteding krachtens artikel 4, lid 1, sub d*

3. De aanbesteding waarop Transportes Aéreos Portugueses (hierna: „TAP") had ingeschreven met het oog op de exploitatie van de geregelde luchtdiensten, bepaalde onder meer het volgende [8]:

„3. Deelneming aan de aanbesteding

De deelneming staat open voor alle luchtvaartmaatschappijen die in het bezit zijn van een geldige exploitatievergunning die door een lidstaat krachtens verordening (EEG) nr. 2407/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen is afgegeven, alsmede van een passend bewijs van luchtvaartexploitant.

Aangezien Portugal gebruik maakt van het bepaalde in artikel 3, lid 2, van verordening (EG) nr. 2408/92, mogen luchtvaartmaatschappijen waaraan een andere lidstaat een vergunning heeft verleend tot 1 april 1997 voor de cabotagedienst binnen het Portu-

8 — PB 1995, C 223, blz. 16.

gese grondgebied echter niet meer dan 50 % gebruiken van hun seizoenscapaciteit op dezelfde dienst waarvan de cabotagedienst een uitbreiding of een voorafgaande dienst is.

[...]

11. Geldigheid van de aanbesteding

De geldigheid van deze aanbesteding is, in overeenstemming met de eerste zin van punt d) van het eerste lid van artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92, afhankelijk van de vraag of geen enkele luchtvaartmaatschappij uit de Gemeenschap waaraan toestemming voor de exploitatie van de betrokken verbindingen kan worden verleend, vóór 1 november 1995 [...] een vergunning aanvraagt voor de exploitatie, met ingang van 1 januari 1996, van één of meer van de verbindingen in kwestie in overeenstemming met de opgelegde verplichtingen tot openbare dienstverlening, zonder daarvoor enige financiële compensatie te ontvangen.

De aanbesteding blijft in ieder geval alleen geldig voor de verbindingen waarvoor zich op 1 november 1995 geen enkele luchtvaartmaatschappij heeft gemeld voor exploitatie onder de bovenvermelde voorwaarden.

[...]"

III — Feiten

4. Bij beschikking 94/698/EG van 6 juli 1994 heeft de Commissie haar goedkeuring gehecht aan verschillende steunmaatregelen ten behoeve van de nationale Portugese luchtvaartmaatschappij TAP. Deze steunmaatregelen maakten deel uit van een herstructureringsprogramma.

5. De goedkeuring werd verleend onder een aantal voorwaarden, die in artikel 1, leden a t/m h, van beschikking 94/698 zijn vastgelegd. Onder andere bepaalde lid e dat Portugal, zoals toegezegd, artikel 4 van verordening nr. 2408/92 uiterlijk vanaf 1 januari 1996 op de Atlantische eilanden (Madeira en Azoren) zou toepassen.

6. Op 4 augustus 1995 werd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen conform artikel 4, lid 1, sub a, van verordening 2408/92 de mededeling van de Commissie bekendgemaakt, dat Portugal in overeenstemming met beschikking 94/698 had besloten openbare dienstverplichtingen op te leggen op negen routes tussen het Portugese vasteland en de autonome regio's

de Azoren en Madeira en tussen deze regio's onderling. [9]

7. Op 29 augustus 1995 is overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub d, van verordening nr. 2408/92 een aanbesteding voor de exploitatie van luchtdiensten op deze routes bekendgemaakt. De aanbesteding had tot doel, een enkele luchtvaartmaatschappij uit te kiezen die van 1 januari 1996 tot en met 31 december 1998 en met een financiële compensatie alle negen genoemde routes in overeenstemming met de openbare dienstverplichtingen zou exploiteren. Ten aanzien van de deelneming aan de aanbesteding was uitdrukkelijk op het voorbehoud van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 2408/92 gewezen. Een voorwaarde was, dat geen luchtvaartmaatschappij waaraan toestemming voor de exploitatie van de betrokken verbindingen kon worden verleend, vóór 1 november 1995 een vergunning zou aanvragen om één of meer van deze verbindingen te exploiteren zonder financiële compensatie. De enige inschrijver op de aanbesteding was TAP, die reeds tot eind 1995 een exclusieve concessie voor de exploitatie van de desbetreffende routes had.

8. Op 30 oktober 1995, dat wil zeggen vóór de afloop van de inschrijvingstermijn, diende Flightline Ltd. (hierna: „Flightline"), een luchtvaartmaatschappij naar Brits recht, houdster van een Britse exploitatievergunning en gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, een aanvraag in om acht van de negen in de aanbesteding genoemde verbindingen zonder financiële compensatie te mogen exploiteren. Deze aanvraag werd bij besluit van 22 december 1995 door de staatssecretaris van Verkeer en Communicatie afgewezen. Deze was van oordeel dat de offerte betrekking had op cabotagediensten en dat derhalve niet was voldaan aan de criteria van artikel 3, lid 2, van de verordening.

9. Flightline had geen succes met haar tegen het negatieve besluit ingestelde beroep. Naar het oordeel van de bestuursrechter verzette zich noch beschikking 94/698, noch artikel 4 van verordening nr. 2408/92 tegen de toepassing van artikel 3, lid 2, van die verordening. Artikel 3, lid 2, zou anders nagenoeg worden uitgehold. In beschikking 94/698 werd enkel naar artikel 4 van de verordening verwezen, zodat, aldus de verwijzingsbeschikking, een autonome uitlegging van de verordening volstond.

IV — Prejudiciële verwijzing

10. Flightline heeft hogere voorziening ingesteld bij het Supremo Tribunal Administrativo, dat besloten heeft het Hof de volgende drie prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Wanneer een lidstaat de in artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 neergelegde rechten en mogelijkheden benut, kan die lidstaat dan geen gebruik maken

9 — PB 1995, C 200, blz. 3.

van de in artikel 3, lid 2, van die verordening voorziene mogelijkheid om tot 1 april 1997 de mededinging in cabotagediensten op zijn grondgebied te beperken?

2) Kan in het kader van een in 1995 door een lidstaat uitgeschreven openbare aanbesteding voor de exploitatie van geregelde luchtdiensten op een route in overeenstemming met de krachtens artikel 4 van de verordening voor die route opgelegde openbare dienstverplichtingen, van inschrijvende luchtvaartmaatschappijen die over een in een andere lidstaat afgegeven vergunning beschikken, worden verlangd dat zij voldoen aan de in artikel 3, lid 2, van die verordening gestelde voorwaarden?

3) Houdt artikel 1, sub e, van beschikking 94/698/EG van de Commissie, dat aan goedkeuring van de daarin bedoelde steunmaatregel de voorwaarde verbindt dat Portugal zijn verplichting nakomt om uiterlijk vanaf 1 januari 1996 artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 op de autonome regio's toe te passen en de openbare dienstverplichtingen voor de betrokken routes te publiceren (zie hoofdstuk VIII, punt 3'), in dat Portugal geen gebruik kan maken van de in artikel 3, lid 2, van de verordening aan de lidstaten verleende mogelijkheid?"

V — Opmerkingen van partijen

1) *Flightline*

11. Flightline stelt dat de prejudiciële vragen niet overeenstemmen met de vragen die ten grondslag liggen aan het hoofdgeding. Volgens Flightline is eigenlijk de vraag aan de orde of Portugal haar offerte mocht afwijzen omdat zij niet zou voldoen aan de in artikel 3, lid 2, van de verordening gestelde voorwaarden.

12. Dit is volgens Flightline niet het geval. De Commissie heeft slechts onder bepaalde voorwaarden ingestemd met de herstructureringsmaatregelen ten behoeve van TAP. Hiertoe behoorde onder meer dat werd voldaan aan de bepaling in artikel 1, sub e, van beschikking 94/698, dat een openbare aanbesteding werd uitgeschreven en dat de openbare dienstverplichtingen in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen werden bekendgemaakt. De Commissie heeft van Portugal als tegenprestatie voor de steunverlening verlangd dat de barrières ter bescherming van TAP tegen concurrentie werden opgeheven. De voorwaarden van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 2408/92 konden derhalve niet op de aanbesteding van toepassing zijn.

13. In de opvatting van Flightline impliceert artikel 4 van verordening nr. 2408/92

juncto artikel 1, sub e, van beschikking 94/698 dat Portugal zich ertoe heeft verplicht geen beroep te doen op artikel 3, lid 2, van de verordening. Dit zou volgen uit het feit dat men Portugal een verplichting wilde opleggen die niet reeds voortvloeide uit verordening nr. 2408/92, en uit het feit dat artikel 3, lid 2, van de verordening slechts tot 1 april 1997 gelding had. De aanbesteding werkte echter door tot 31 december 1998. Daar beschikking 94/698 een geleidelijke liberalisering beoogt, betwijfelt Flightline dat Portugal de mededinging een jaar en negen maanden langer dan oorspronkelijk vastgelegd mocht beperken.

14. Flightline is van mening dat artikel 4 en artikel 3 op uiteenlopende situaties van toepassing zijn. Volgens haar heeft artikel 4 betrekking op verbindingen waarvoor geen belangstellenden zijn, waarop er dus geen mededinging is, terwijl artikel 3, lid 2, beperkingen op routes betreft waarop wel mededinging bestaat.

15. Wanneer artikel 3, lid 2, niet mag worden toegepast op de door artikel 4 van verordening nr. 2408/92 bestreken verbindingen, dan doet dit volgens Flightline geen afbreuk aan de tot 1 april 1997 bestaande mogelijkheid om de mededinging op alle nationale, aan concurrentie onderhevige verbindingen te beperken.

16. Artikel 3, lid 2, legt de lidstaat ook geen verplichting op, maar geeft hem alleen maar het recht om cabotage te weigeren.

17. Tenslotte brengt de uitoefening van de in artikel 3, lid 2, verleende bevoegdheid volgens Flightline een bij artikel 12 EG verboden discriminatie op grond van nationaliteit mee, aangezien alleen niet-Portugese luchtvaartmaatschappijen worden uitgesloten.

2) *Transportes Aéreos Portugueses (TAP)*

18. TAP acht de prejudiciële verwijzing om te beginnen niet-ontvankelijk. Volgens haar geeft artikel 234 EG het Hof niet de bevoegdheid om over individuele gevallen te beslissen. Voorts betwijfelt zij of een prejudiciële verwijzing noodzakelijk is, gezien de heldere bewoordingen van de communautaire regelgeving.

19. Ten gronde voert TAP aan dat in wezen de vraag aan de orde is of Portugal op grond van de artikelen 3, lid 2, en 4, lid 1, sub d, van verordening nr. 2408/92 en de in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakte aanbesteding verplicht was de offerte van Flightline aan te nemen.

20. TAP is van mening dat noch uit artikel 4 van de verordening, noch uit beschikking 94/698 volgt dat Portugal afstand heeft gedaan van zijn in artikel 3, lid 2, vastgelegde bevoegdheden. Uit de redactie en de systematiek van artikel 3, lid 2, en artikel 4 blijkt niet van enig verband tussen deze regelingen. Dit betekent dat in het kader van de toepassing van artikel 4 gebruik van de bevoegdheden van artikel 3 mogelijk is.

21. Tevens moet het geleidelijke en graduele karakter van de liberalisering van het luchtvervoer in aanmerking worden genomen. Dit rechtvaardigt beschermingsmaatregelen zoals die van artikel 3, lid 2. De lidstaten die openbare dienstverplichtingen hebben opgelegd, hebben de beperkingen van de vrijheid van het luchtvervoer op de nationale vluchten gehandhaafd.

22. Bovendien heeft de Commissie de uitvoering van beschikking 94/698 niet bekritiseerd en heeft zij dus de inhoud van de aanbesteding aanvaard.

3) *De Portugese Republiek*

23. De Portugese regering voert aan dat artikel 3, lid 2, in juridisch opzicht niet afhankelijk is van de oplegging van openbare dienstverplichtingen krachtens artikel 4. Andere lidstaten die dergelijke verplichtingen hebben opgelegd, bijvoorbeeld Frankrijk, hebben eveneens artikel 3, lid 2, van de verordening toegepast. Uit de ontstaansgeschiedenis van verordening nr. 2408/92 blijkt dat artikel 3, lid 2, beoogt een evenwicht tot stand te brengen tussen de liberalisering van het luchtvervoer en de bescherming van de bijzondere situatie van de nationale luchtvaartmaatschappijen van de afzonderlijke lidstaten.

24. Voorts wijst de Portugese regering erop dat de autonome regio van de Azoren krachtens artikel 1, lid 4, van de verordening tot 30 juni 1998 van haar toepassingsgebied was uitgesloten. Bij de onderhandelingen over de steunmaatregelen heeft Portugal voorgesteld, op de verbindingen met de Azoren niettegenstaande voornoemde bepaling dezelfde regeling toe te passen als op de verbindingen met Madeira, teneinde de transparantie van de boekhouding van TAP en het toezicht op de door de staat aan deze maatschappij verstrekte financiële middelen te waarborgen. Derhalve vloeit uit het feit dat de verbindingen met de Azoren aan artikel 4 van de verordening zijn onderworpen, niet voort dat afstand zou zijn gedaan van de beschermingsclausule van artikel 3, lid 2, van de verordening.

25. De Portugese regering benadrukt voorts dat zij uitdrukkelijk afstand had moeten doen van deze bevoegdheid, aangezien in casu fundamentele nationale openbare belangen in het geding zijn. Geen enkele Portugese onderhandelaar was echter bevoegd geweest namens Portugal afstand te doen van deze rechten.

26. Bovendien verwijst Portugal naar hoofdstuk VIII van beschikking 94/698. Hierin is uitdrukkelijk bepaald dat de aanbesteding openstaat voor „elke communautaire luchtvaartmaatschappij die het recht heeft dergelijke luchtdiensten te onderhouden". Dit recht hebben echter alleen maatschappijen die ook aan de beperkende voorwaarden van artikel 3, lid 2, voldoen.

27. Net als TAP wijst de Portugese regering erop dat de Commissie de uitvoering van beschikking 94/698 niet heeft bekritiseerd en dus de inhoud van de aanbesteding heeft aanvaard.

4) *De Commissie*

28. Aangaande de eerste en de tweede vraag voert de Commissie aan dat de toepassing van de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 2408/92 niet impliceert dat vooraf afstand moet zijn gedaan van de beschermingsmaatregelen van artikel 3, lid 2. Deze bepaling houdt weliswaar een uitzondering in op het in lid 1 verankerde algemene beginsel van vrije toegang tot de routes in de Gemeenschap, maar uit de overwegingen van de considerans volgt ook dat cabotagerechten slechts geleidelijk worden ingevoerd. Ook uit artikel 5 van de verordening blijkt dat gestreefd wordt naar een geleidelijke liberalisering van het luchtvervoer binnen de lidstaten.

29. Bovendien is de toegang tot binnenlandse routes waarvoor openbare dienstverplichtingen zijn opgelegd, blijkens artikel 4, lid 1, sub d, tot 1 april 1997 voorbehouden aan luchtvaartmaatschappijen die het recht hebben „dergelijke luchtdiensten te onderhouden". Dit impliceert dat ook aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2, moet worden voldaan.

30. De formulering in artikel 4 („elke communautaire luchtvaartmaatschappij die het recht heeft dergelijke luchtdiensten te onderhouden") wordt in dezelfde betekenis gebruikt in artikel 5, lid 3, sub c, van verordening (EEG) nr. 2343/90 van de Raad van 24 juli 1990 betreffende de toegang van luchtvaartmaatschappijen tot geregelde intracommunautaire luchtdiensten en de verdeling van de passagierscapaciteit tussen luchtvaartmaatschappijen op geregelde luchtdiensten tussen lidstaten. [10] Artikel 4, lid 1, moet worden gezien tegen deze achtergrond, dat wil zeggen beperking van de toegang tot de routes waarvoor openbare dienstverplichtingen zijn opgelegd, tot één luchtvaartmaatschappij voor een periode van ten hoogste drie jaar. Artikel 4 is daarentegen niet aan een vaste eindtermijn gebonden. De enige verplichting bestaat in periodieke toetsing van de opgelegde openbare dienstverplichtingen.

31. Voor de periode tussen 1 januari 1993 en 1 april 1997 heeft de toepassing van de mogelijkheden van artikel 4 door een lidstaat nuttig effect, ook al maakt hij gebruik

10 — PB 1990, L 217, blz. 8.

van zijn rechten overeenkomstig artikel 3, lid 2. Ten eerste is bij een aanbesteding in de zin van artikel 4, lid 1, sub d, mededinging mogelijk tussen luchtvaartmaatschappijen die een exploitatievergunning van de desbetreffende lidstaat bezitten. Ten tweede kunnen alle communautaire luchtvaartmaatschappijen die voldoen aan de in artikel 3, lid 2, van de verordening vastgelegde voorwaarden, op de aanbesteding inschrijven.

32. Ten aanzien van de derde vraag betoogt de Commissie dat uit de algemene structuur van de beschikking evenals de omstandigheden waarin deze is tot stand gekomen, niet kan worden afgeleid dat de door Portugal aangegane verplichting om artikel 4 op de autonome regio's van de Azoren en Madeira toe te passen, zo moet worden geïnterpreteerd dat de uitoefening van de in artikel 3, lid 2, voorziene bevoegdheid wordt uitgesloten. De zowel in de verordening als in de beschikking gebezigde uitdrukking „die het recht heeft dergelijke luchtdiensten te onderhouden" moet in beide gevallen op dezelfde wijze worden uitgelegd. De uitlegging die in de punten 3 en 11 van de aanbesteding is weergegeven, is juist, aldus de Commissie.

33. Beschikking 94/698 onderwerpt de luchtverbindingen naar de autonome regio's aan verordening nr. 2408/92. Alle luchtvaartmaatschappijen die in het bezit waren van een door Portugal afgegeven exploitatievergunning, konden voor deze routes een offerte uitbrengen; dit betrof met name Portugália. In andere lidstaten geregistreerde luchtvaartmaatschappijen hadden met TAP kunnen concurreren, mits zij voldeden aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2. De mededinging wordt dus ook bij handhaving van de rechten van artikel 3, lid 2, bevorderd.

34. De koppeling met de verordening maakt de financiële compensatie die Portugal voor de opgelegde openbare dienstverplichtingen betaalt transparanter. Op deze wijze wordt in het bijzonder voorkomen dat de betalingen hoger zijn dan de op deze routes geleden verliezen.

35. Tenslotte wijst de Commissie erop dat zij in andere beschikkingen betreffende de verenigbaarheid met de interne markt nog nooit van de lidstaten heeft geëist dat deze voortijdig afstand doen van de mogelijkheden die voortvloeien uit artikel 3, lid 2, van de verordening.

VI — Beoordeling

1) *De ontvankelijkheid*

36. De tegen de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing aangevoerde bezwa-

ren zijn niet overtuigend. De voorgelegde vragen hebben betrekking op de uitlegging van de artikelen 3 en 4 van verordening nr. 2408/92. Zij zijn van algemeen belang en beperken zich niet tot het onderhavige geval. De verwijzing is derhalve ontvankelijk.

2) *Eerste vraag*

37. De eerste vraag betreft de principiële verhouding tussen artikel 3, lid 2, en artikel 4 van verordening nr. 2408/92. Het gaat erom, in hoeverre de oplegging van openbare dienstverplichtingen voor de exploitatie van een luchtverbinding, en de openbare aanbesteding van deze verbindingen overeenkomstig artikel 4, lid 1, tot gevolg hebben dat afstand wordt gedaan van de tot 1 april 1997 bestaande mogelijkheid om de cabotage te beperken.

a) Formulering van de artikelen 3 en 4

38. Noch in artikel 3, lid 2, noch in artikel 4, lid 1, van de verordening is uitdrukkelijk iets bepaald omtrent een dergelijke afstand. De twee artikelen verwijzen niet naar elkaar.

39. De Commissie benadrukt dat volgens artikel 4, lid 1, sub b, het exclusieve recht dat wordt uitgeschreven, moet worden aangeboden aan elke communautaire luchtvaartmaatschappij die „het recht heeft dergelijke luchtdiensten te onderhouden". Zij is van mening dat alleen een luchtvaartmaatschappij die voldoet aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2, dit „recht heeft". Deze conclusie trekt zij op grond van een vergelijking met de redactie van de voorloper van deze bepaling namelijk artikel 5, lid 3, sub c, van verordening (EEG) nr. 2343/90 van de Raad van 24 juli 1990 betreffende de toegang van luchtvaartmaatschappijen tot geregelde intracommunautaire luchtdiensten en de verdeling van de passagierscapaciteit tussen luchtvaartmaatschappijen op geregelde luchtdiensten tussen lidstaten. Deze bepaling verwees uitdrukkelijk naar artikel 8 van verordening nr. 2343/90, dat een met artikel 3, lid 2, van verordening nr. 2408/92 vergelijkbare regeling bevatte.

40. Vergelijking van de bepalingen biedt naar mijn mening slechts tot op zekere hoogte steun aan de opvatting van de Commissie. Het feit dat artikel 4 niet, althans niet uitdrukkelijk, naar artikel 3 verwijst, zou ook kunnen impliceren dat verordening nr. 2408/92 op het vlak van de liberalisering van het luchtvervoer verder wilde gaan dan verordening nr. 2343/90. Uit de derde tot zevende overweging van de considerans van verordening nr. 2408/92 blijkt dat deze verordening een verdere stap in de richting van de liberalisering van het luchtvervoer vormt en verordening nr. 2343/90 op dit punt voorbijstreeft. Zo gezien zou uit de formulering van artikel 4 van verordening nr. 2408/92 kunnen worden afgeleid dat voor toepassing van artikel 3, lid 2, geen plaats is.

41. Het begrip „recht om luchtdiensten te onderhouden" hoeft ook niet per sé betrekking te hebben op de bevoegdheid krachtens artikel 3, lid 2. Men kan het ook lezen

in combinatie met artikel 2, sub b, dat een „communautaire luchtvaartmaatschappij" definieert als een „luchtvaartmaatschappij met een geldige, door een lidstaat overeenkomstig verordening (EEG) nr. 2407/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen aan luchtvaartmaatschappijen [11] verleende exploitatievergunning". Dit betekent dat voor artikel 4, lid sub d, ook een luchtvaartmaatschappij die „in het bezit is van een geldige exploitatievergunning in de zin van verordening nr. 2407/92" zou kunnen worden beschouwd als luchtvaartmaatschappij die „het recht heeft om luchtdiensten te onderhouden". In dit geval zouden alle communautaire luchtvaartmaatschappijen aan de aanbesteding kunnen deelnemen zonder dat de beperking van artikel 3, lid 2, hen hieraan zou kunnen hinderen. Deze oplossing heeft het voordeel dat zij recht doet aan de in artikel 3, lid 1, verankerde grondgedachte van de liberalisering.

42. Mijn voorlopige conclusie is derhalve dat de bewoording van de twee bepalingen ruimte laten voor beide interpretaties. Op grond van de bewoordingen kan niet worden geconcludeerd dat de toepassing van artikel 3, lid 2, in het kader van artikel 4 uitgesloten was.

b) Systematisch verband

43. Ik zal thans nagaan in hoeverre op grond van het systematisch verband een antwoord op de prejudiciële vraag kan worden gegeven.

44. Onder het kopje systematisch verband verwijst de Commissie naar artikel 5. Deze bepaling heeft betrekking op de tijdelijke handhaving van exclusieve vervoerrechten. Voorzover dergelijke rechten op het tijdstip van de inwerkingtreding van de verordening, dat wil zeggen op 1 januari 1993 (zie artikel 16 van de verordening) bestonden, mochten zij tot hun expiratiedatum, doch niet langer dan drie jaar, dat wil zeggen tot 1 januari 1996, worden uitgeoefend. Net als artikel 3, lid 2, regelt ook artikel 5 een tijdelijke uitzondering op het door artikel 3, lid 1, ingevoerde beginsel van de vrijheid van dienstverlening in het luchtvervoer. [12] Volgens de Commissie staat buiten kijf dat de toepassing van artikel 5 de toepassing van artikel 3, lid 2, niet uitsluit. Dientengevolge zou artikel 4, lid 1, evenmin een afstand van de toepassing van artikel 3, lid 2, kunnen impliceren.

45. Artikel 5 bevat een soortgelijke bepaling als artikel 4, lid 1, sub d. In beide gevallen gaat het om de erkenning van exclusieve rechten en dus om een uitzondering op de door artikel 3, lid 1, ingevoerde vrijheid van dienstverlening op het gebied van het luchtvervoer. In beide gevallen wordt de maximumduur op drie jaar gesteld.

46. Er bestaan echter ook wezenlijke verschillen tussen artikel 5 en artikel 4. Inhou-

11 — PB 1992, L 240, blz. 1.

12 — Arrest van 26 juni 2001, Commissie/Portugal (C-70/99, Jurispr. blz. I-4845, punten 21 en 22). Zie ook — zij het nog niet zo duidelijk — arrest van 18 januari 2001, Commissie/Italië (C-361/98, Jurispr. blz. I-385, punt 32).

delijk verschillen zij in zoverre van elkaar, dat artikel 5 bescherming biedt aan reeds vóór de liberalisering op 1 januari 1993 verleende exclusieve rechten, terwijl artikel 4 betrekking heeft op de schepping van nieuwe exclusieve rechten na deze datum. Bestaande exclusieve rechten behoeven niet automatisch op dezelfde wijze te worden behandeld als nieuwe, na inwerkingtreding van de verordening toegekende rechten. Voorts zijn er verschillen in het toepassingsgebied naar tijd. Artikel 3, lid 2, en artikel 5 konden vrijwel niet met elkaar in conflict komen. Exclusieve rechten mochten immers slechts tot 1 januari 1996 worden gehandhaafd, en tot die datum bestond er sowieso geen recht op cabotage. Conflicten konden zich hooguit tussen 1 januari 1996 en 1 april 1997 voordoen. In het geval van artikel 4 konden daarentegen tijdens de gehele geldingsduur van artikel 3, lid 2, dat wil zeggen van 1 januari 1993 tot 1 april 1997, conflicten voorkomen. Gezien deze verschillen is het dan ook de vraag hoe uit artikel 5 een argument voor de uitlegging van artikel 4 kan worden afgeleid.

47. Het systematisch verband tussen artikel 4, lid 1, sub d, en artikel 3, lid 1, pleit voor een uitsluiting van de toepassing van artikel 3, lid 2. Als er al, in weerwil van de nagestreefde liberalisering, nieuwe monopolies konden worden ingevoerd — althans tijdelijk, voor de duur van drie jaar — dan zouden toch tenminste in het kader van de aanbesteding van deze exclusieve rechten alle luchtvaartmaatschappijen van de Gemeenschap moeten kunnen meedingen. Een dergelijke uitlegging vindt eveneens steun in het feit dat artikel 3, lid 2, een uitzondering vormt op het beginsel van lid 1. Als uitzonderingsbepaling dient artikel 3, lid 2, eng te worden uitgelegd.

48. Zoals bepaald in artikel 4, lid 1, sub a, worden openbare dienstverplichtingen primair opgelegd zonder enige compensatie voor de luchtvaartmaatschappij. Dienovereenkomstig bepaalde de tekst van de op grond van artikel 4, lid 1, sub a, in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakte mededeling van de Commissie over de verplichting tot openbare dienstverlening voor binnenlandse lijnluchtvaartdiensten in Portugal [13] uitdrukkelijk dat de luchtvaartmaatschappijen hun offerte voor de exploitatie van één of meerdere verbindingen in overeenstemming met de opgelegde verplichtingen tot openbare dienstverlening en zonder om compensatie te vragen, vóór 31 oktober 1995 moesten indienen. Compensatie werd dus uitdrukkelijk uitgesloten.

49. Dit betekent echter niet dat geen enkele compensatie kan worden verstrekt voor de uitvoering van openbare dienstverplichtingen. Enerzijds kunnen krachtens artikel 4, lid 1, sub d, exclusieve rechten worden

13 — PB 1995, C 200, blz. 3.

verleend. Een dergelijke monopoliepositie garandeert de luchtvaartmaatschappij die de verbindingen exploiteert, bepaalde inkomsten. Bovendien kan een luchtvaartmaatschappij die in het kader van een dergelijke aanbesteding wordt geselecteerd, krachtens artikel 4, lid 1, sub h, compensatie worden geboden. Deze dekt het verschil tussen de kosten van de naleving van de opgelegde normen en de met de exploitatie van de dienst behaalde inkomsten. [14] Overeenkomstig deze regeling bepaalde het in het Publicatieblad bekendgemaakte aanbestedingsbericht, dat de grondslag vormt voor de offerte van TAP voor de negen luchtverbindingen in kwestie, in punt 6 expliciet dat een financiële compensatie zou worden geboden en dat de inschrijvers in de offerte derhalve expliciet moesten aangeven welk bedrag door hen als compensatie werd gevraagd. [15]

50. Volgens mededeling 94/C 350/07 [16], is deze compensatie van verliezen een „neutrale commerciële transactie tussen de betrokken staat en de geselecteerde luchtvaartmaatschappij". „Compensatie voor openbare dienstverplichtingen [mag] niet als steun worden aangemerkt mits de luchtvaartmaatschappij op correcte wijze is geselecteerd via een aanbesteding, met dien verstande dat de toegang wordt beperkt tot één enkele maatschappij, en de maximale compensatie niet meer bedraagt dan het in de offerte aangegeven exploitatietekort [...]." [17]

51. Uit beschikking 94/666/EG van 6 juli 1994 [18] blijkt dat er naast het beschreven compensatiemechanisme van verordening nr. 2408/92 ook de mogelijkheid bestaat om een luchtvaartmaatschappij steun toe te kennen. In deze beschikking, die betrekking had op compensatie voor het verlies van TAP op de routes naar de autonome regio's van de Azoren en Madeira, dat wil zeggen op de routes die in de prejudiciële vragen aan de orde zijn, heeft de Commissie vastgesteld dat compensatie voor openbare dienstverplichtingen, voorzover deze niet wordt betaald aan een in het kader van een aanbesteding geselecteerde onderneming, als steun moet worden beschouwd. [19] In het licht van de destijds slechts beperkte liberalisering van het luchtvervoer heeft de Commissie echter besloten de voornoemde steun aan te merken als met het Verdrag verenigbare regionale steun. Ook al beschouwt de Commissie dus steun voor het luchtvervoer principieel als in strijd met het Verdrag, blijkt uit deze beschikking dat compensatie in beginsel ook in de vorm van steunverlening mogelijk is.

52. Het is de vraag of, wanneer de vervulling van openbare dienstverplichtingen langs de weg van artikel 4, lid 1, sub d en h,

14 — Zie punt 16 van mededeling 94/C 350/07 van de Commissie over de Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag en van artikel 61 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte op steunmaatregelen van de staten in de luchtvaartsector, (PB 1994, C 350, blz. 5).

15 — PB 1995, C 223, blz. 16.

16 — Aangehaald in voetnoot 14.

17 — Punt 17 van de mededeling.

18 — Beschikking betreffende compensatie voor het door TAP op de routes naar de autonome regio's de Azoren en Madeira geleden verlies (PB L 260, blz. 27).

19 — Beschikking 94/666/EG, punt V, blz. 30, vorige voetnoot.

wordt gecompenseerd, een beperking van de mededinging als die van artikel 3, lid 2, nog is toegestaan. Aangezien artikel 3, lid 2, als uitzondering op het in lid 1 verankerde liberaliseringsbeginsel eng moet worden uitgelegd, zou men kunnen denken dat artikel 3, lid 2, in het kader van artikel 4, lid 1, sub d, niet toepasbaar is. Deze vraag zal ik thans onderzoeken.

53. Uit de analyse van het systematisch verband tussen de bepalingen zou kunnen worden afgeleid dat artikel 3, lid 2, in het kader van artikel 4 niet toepasbaar is. Maar ook het systematisch verband geeft geen definitief uitsluitsel over deze kwestie.

c) Doel en strekking van de artikelen 3 en 4

54. Als laatste stap zal ik onderzoeken of uit het doel en de strekking van de bepalingen kan worden afgeleid dat artikel 3 in het kader van artikel 4 niet toepasbaar is.

55. Artikel 3, lid 1, legt het algemene beginsel van de vrijheid van dienstverlening in het luchtvervoer vast. Lid 2 van deze bepaling schort de toepassing van dit beginsel met betrekking tot cabotage op. Cabotage wordt niet reeds bij inwerkingtreding van de verordening op 1 januari 1993 (zie artikel 16) algemeen toegestaan; de lidstaten kunnen deze vrijheid tot 1 april 1997 beperken, zij het alleen onder de in artikel 3, lid 2, genoemde voorwaarden. Mededinging die vanuit de markt mogelijk zou zijn, wordt dus, voorzover gebruik wordt gemaakt van het recht van artikel 3, lid 2, aan banden gelegd.

56. Artikel 4, lid 1, sub a, regelt een geheel andere situatie. Deze bepaling verleent de lidstaten de bevoegdheid om minimumvoorwaarden op te stellen op basis waarvan een luchtvaartmaatschappij kan meedingen naar vliegrechten. In het kader van de ingevolge artikel 3, lid 1, geopende mededinging wordt van de luchtvaartmaatschappijen die een vergunning voor de exploitatie van bepaalde routes willen verkrijgen, verwacht dat de door hen aangeboden diensten voldoen aan bepaalde voorwaarden met betrekking tot de frequentie, de vliegroosters, de aangeboden capaciteit, de prijzen, enz.. Een dergelijke regeling waarborgt adequate luchtdiensten op bepaalde routes, die de markt geheel niet of althans niet in toereikende mate zou aanbieden. Aangezien artikel 3 en artikel 4, lid 1, sub a, uiteenlopende doelstellingen nastreven, kan principieel worden gesteld dat zij naast elkaar staan en noch elkaar wederzijds uitsluiten, noch van elkaar afhankelijk zijn.

Het valt dan ook niet in te zien waarom de in artikel 3, lid 2, voorziene tijdelijke bevoegdheid om de vrijheid van dienstverlening in te perken niet ook in het kader van de toepassing van artikel 4, lid 1, sub a, zou kunnen worden uitgeoefend. Het is de vraag in hoeverre deze beoordeling ook in het kader van artikel 4, lid 1, sub d, kan gelden, dat wil zeggen in die gevallen waarin openbare dienstverplichtingen gecompenseerd worden.

57. Zoals deze zaak aantoont, zijn er situaties waarin de mededinging door toepassing van artikel 3, lid 2, in het kader van artikel 4, lid 1, sub d, word beperkt. Flightline heeft op acht van de negen overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub d, uitgeschreven routes aangeboden om zonder compensatie geregelde luchtdiensten uit te voeren. Wanneer artikel 3, lid 2, in het kader van artikel 4, lid 1, toepasbaar zou zijn, dan zou dit betekenen dat een vrije aanbieder die niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2, zoals Flightline, wordt vervangen door een toekomstige monopolist. Dit zou indruisen tegen het doel en de strekking van de verordening, het luchtvervoer te liberaliseren en mededinging te scheppen.

58. Hoe interessant de mogelijkheid voor de uitschrijvende lidstaat kan zijn om de mededinging te beperken, blijkt uit de berichten in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen die in onderhavig geval zijn verschenen. De bekendmaking van de openbare dienstverplichtingen in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub a, bevatte geen vermelding van artikel 3, lid 2. Dit doet vermoeden dat de Portugese regering niet per sé op toepassing van deze bepaling had gestaan wanneer de exploitatievergunning voor de routes was verleend op basis van artikel 4, lid 1, sub a. Pas in het kader van de aanbesteding overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub d, werd gebruik gemaakt van de mogelijkheid van artikel 3, lid 2, om de cabotage te beperken. Uit deze gang van zaken blijkt duidelijk hoe weinig het met de grondgedachte van verordening nr. 2408/92 van doen heeft, wanneer de deelneming aan de aanbesteding van luchtvervoerrechten overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub d en h, op routes waarvoor openbare dienstverplichtingen zijn opgelegd om een toereikend aanbod te waarborgen, door gebruikmaking van artikel 3, lid 2, wordt beperkt.

59. De verlening van exclusieve rechten druist lijnrecht in tegen het fundamentele streven van verordening nr. 2408/92, dat in artikel 3, lid 1, tot uitdrukking komt. In plaats van de nagestreefde liberalisering ontstaat een nieuw, zij het tijdelijk, monopolie.

60. Artikel 3, lid 2, is echter slechts een overgangsbepaling. De wetgever heeft bewust besloten een uitzondering op het

beginsel van de vrije dienstverlening in het luchtvervoer toe te staan. Zoals blijkt uit de tiende overweging van de considerans van de verordening, zouden cabotagerechten geleidelijk worden ingevoerd om de ontwikkeling van de luchtvervoerssector in de Gemeenschap te stimuleren en de diensten voor de gebruikers te verbeteren.

61. Artikel 3, lid 2, van de verordening zorgt voor een evenwicht tussen de liberalisering van het luchtvervoer en de bijzondere situatie van de nationale luchtvaartmaatschappijen op het gebied van de cabotagerechten. Dat evenwicht is daarom zo belangrijk omdat de verlening van cabotagerechten de hoogste graad van marktopening vormt. Deze markt was tot dusver het domein van de desbetreffende lidstaat en diens nationale luchtvaartmaatschappijen. Dit wordt gestaafd door artikel 7 van het Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart, dat op 7 december 1944 in Chicago is ondertekend en door alle lidstaten is geratificeerd. Dit artikel verleent iedere verdragsluitende staat uitdrukkelijk het recht de vliegtuigen van andere verdragsluitende staten de toestemming te weigeren om op zijn grondgebied tegen betaling passagiers, post en vracht op te nemen die voor een ander punt binnen zijn grondgebied bestemd zijn.

62. Er moet derhalve van worden uitgegaan dat de wetgever de lidstaten op het gebied van de cabotage bewust de mogelijkheid heeft willen bieden de liberalisering uit te stellen van 1 januari 1993 tot uiterlijk 1 april 1997. Zonder gegronde redenen mag aan een dergelijke wil niet voorbij worden gegaan. Veeleer moet worden getracht om in het kader van de toepassing van de andere bepalingen van de verordening zoveel mogelijk rekening te houden met deze uitzondering. Te meer omdat de liberalisering in het gemeenschapsrecht verder gaat dan de stand van het volkenrecht. Deze overweging pleit ervoor om artikel 3, lid 2, ook in het kader van de aanbestedingen overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub d, principieel toepasbaar te achten.

63. Een zodanige uitlegging van artikel 4, lid 1, sub d, impliceert weliswaar een inperking van het toepassingsgebied van de bepaling in zoverre dat de mededinging uitsluitend openstaat voor de in de desbetreffende lidstaat geregistreerde luchtvaartmaatschappijen en ondernemingen waarvoor de dienst op de uitgeschreven routes een aanvoerdienst is. Niettemin betekent een dergelijke beperkte mededinging nog steeds een vooruitgang ten opzichte van een niet-geliberaliseerde markt.

64. Tegen deze achtergrond dient het standpunt van Flightline dat artikel 3, lid 2, en artikel 4 elkaar op grond van hun respectievelijke toepassingsgebied wederzijds uitsluiten, van de hand te worden gewezen. Het is juist dat het toepassingsgebied van artikel 3, lid 2, verschillende aanbieders veronderstelt, aangezien

de regeling de bestaande mededinging beperkt. Maar dit betekent nog niet dat het toepassingsgebied van artikel 4 alleen gevallen omvat waarin geen onderneming de luchtdiensten in kwestie aanbiedt. Openbare dienstverplichtingen mogen dan wel worden opgelegd op grond van de constatering dat de markt de desbetreffende luchtdiensten niet in toereikende mate verzorgt, maar dit impliceert nog niet dat er geheel geen mededinging is. Bovendien zorgt artikel 4, lid 1, sub d, door de periodieke, minimaal eens in de drie jaar plaatsvindende aanbesteding juist voor mededinging, zelfs al is artikel 3, lid 2, van toepassing. De verplichting om op gezette tijden een aanbesteding te houden, waarborgt juist de mededinging en beperkt de eventueel overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub h, betaalde compensatie tot het laagste op de markt te bereiken verlies. Er is juridisch geen reden om in het kader van artikel 4, lid 1, voorbij te gaan aan de bewuste beslissing van de wetgever om het luchtvervoer geleidelijk te liberaliseren, met inbegrip van de mogelijkheid om cabotage pas na verloop van tijd in te voeren. Dientengevolge impliceert toepassing van artikel 4, lid 1, niet dat afstand wordt gedaan van de in artikel 3, lid 2, vastgelegde bevoegdheid.

65. Zoals met name blijkt uit punt 11 van de in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakte aanbesteding, wordt ook bij toepassing van artikel 4, lid 1, sub d, voorrang verleend aan een vrije aanbieder tegenover een monopolist, zelfs indien deze wordt gesubsidieerd. De aanbesteding vond dus slechts plaats voorzover vóór 1 november 1995 geen luchtvaartmaatschappij een vergunning had aangevraagd voor één of meer van de uitgeschreven verbindingen. Alleen de resterende verbindingen waarvoor geen vrije aanbieder offerte had gedaan, mochten vervolgens overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub d, worden toegewezen.

66. Gezien het doel en de strekking van de bepalingen is de toepassing van artikel 3, lid 2, in het kader van artikel 4 niet uitgesloten. Dit betekent dat de bewuste beslissing van de wetgever om het luchtvervoer geleidelijk te liberaliseren en de liberalisering van de cabotagediensten uit te stellen tot 1 april 1997, moet worden geëerbiedigd en dat de toepassing van artikel 3, lid 2, in het kader van artikel 4 moet worden toegestaan.

67. Tot besluit wijs ik erop dat deze oplossing niet in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 12 EG. De in de artikelen 51 e.v. EG neergelegde bepalingen inzake de vrijheid van dienstverlening vormen een bijzondere regeling die voorrang geniet boven het algemene discriminatieverbod. Overeenkomstig artikel 80, lid 2, EG gelden zij voor het luchtvervoer slechts voorzover de Raad dit in een bijzondere

regeling bepaalt. Verordening nr. 2408/92 is een dergelijke regeling. Wanneer artikel 3, lid 2, van deze verordening bepaalt dat discriminatie op grond van de nationaliteit, in casu de registratie van de luchtvaartmaatschappij in een andere lidstaat, tot 1 april 1997 was toegestaan, dan is deze discriminatie conform het Verdrag. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van Flightline de grief dat verordening nr. 2408/92 of althans artikel 3, lid 2, daarvan in strijd was met artikel 12 EG, overigens uitdrukkelijk ingetrokken.

68. Ik stel derhalve voor de eerste vraag als volgt te beantwoorden:

De uitoefening van het in artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 aan een lidstaat verleende recht veronderstelt niet noodzakelijkerwijs, en heeft ook niet tot gevolg, dat hij afstand doet van de in artikel 3, lid 2, van die verordening voorziene bevoegdheid om tot 1 april 1997 de mededinging bij cabotagediensten op zijn grondgebied te beperken.

3) *De tweede vraag*

69. Het antwoord op de tweede vraag vloeit in wezen voort uit het antwoord op de eerste vraag. Aangezien de aanbesteding overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub d, niet tot gevolg heeft dat afstand wordt gedaan van de mogelijkheid om de toekenning van cabotagerechten in de zin van artikel 3, lid 2, te beperken, is het ook niet in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer luchtvaartmaatschappijen slechts onder de in artikel 3, lid 2, genoemde voorwaarden op een aanbesteding mogen inschrijven. De lidstaat maakt in dit geval juist gebruik van zijn in artikel 3, lid 2, van de verordening verankerde rechten.

70. Luchtvaartmaatschappijen die in het bezit zijn van een exploitatievergunning van een andere lidstaat, kunnen dus worden gehouden aan de in artikel 3, lid 2, genoemde voorwaarden. Nu doet zich echter het probleem voor dat Portugal in de onderhavige aanbesteding exclusieve rechten wilde toekennen voor de periode 1 januari 1996 tot en met 31 december 1998 (zie punt 8 van de aanbesteding). Dit is langer dan de in artikel 3, lid 2, bepaalde periode voor beperking van de cabotage, die op 1 april 1997 afliep. Het is dus de vraag in hoeverre in een aanbesteding die in 1995 plaatsvond en die betrekking had op tussen 1 januari 1996 en 31 december 1998 te verrichten diensten, de beperking van artikel 3, lid 2, kon worden doorgetrokken tot na 1 april 1997.

71. De regeling van artikel 3, lid 2, vormt een uitzondering op het in artikel 3, lid 1,

verankerde beginsel van vrije toegang tot de luchtverbindingen in de Gemeenschap. Als uitzonderingsbepaling dient deze regeling overeenkomstig de algemene uitleggingsbeginselen eng te worden uitgelegd.

72. Flightline is van mening dat de beperkingen in ieder geval niet verder mogen gaan dan in de verordening vastgelegd. TAP en de Portugese regering gaan op deze kwestie niet in. De Commissie wijst er alleen maar op dat exclusieve rechten voor ten hoogste drie jaar mogen worden toegekend.

73. Exclusieve rechten mogen krachtens artikel 4, lid 1, sub d, inderdaad slechts voor ten hoogste drie jaar worden verleend. Deze termijn stemt overeen met die bepaald in artikel 5, dat voorziet in handhaving van bij inwerkingtreding van de verordening reeds bestaande exclusieve concessies gedurende drie jaar. De termijnen van drie jaar in beide artikelen zijn echter maxima. De lidstaten zijn niet verplicht deze volledig te benutten. Exclusieve rechten kunnen ook voor een kortere duur worden verleend, bijvoorbeeld in het kader van artikel 4, lid 1, sub d, voor de periode van 1 januari 1996 tot en met 31 maart 1997. Dit is een indicatie dat de termijnen van drie jaar in de artikelen 4 en 5 zeker niet zijn bedoeld ter verlenging van de in artikel 3, lid 2, vastgelegde termijn.

74. De regeling van artikel 5 liep bovendien af op 1 januari 1996. Het zou indruisen tegen de strekking van deze overgangsbepaling, eruit te willen afleiden dat nieuwe exclusieve concessies voor de periode van 1 januari 1996 tot en met 31 december 1998 mochten worden verleend bij een aanbesteding die eind 1995 plaatsvond.

75. Het is juist dat de toepassing van artikel 4, lid 1, sub d, niet in de tijd is beperkt. Niets in deze bepaling wijst er echter op dat zij de mogelijkheid biedt om de toepassing van andere bepalingen van de verordening te belemmeren of te vertragen. Met de liberaliseringsgedachte die in artikel 3, lid 1, is verankerd, is alleen in overeenstemming een uitlegging die de mogelijkheid tot beperking van de cabotage niet tot na 1 april 1997 verlengt, ook wanneer deze beperking in het kader van een aanbesteding krachtens artikel 4, lid 1, sub d, plaatsvindt.

76. Ik stel derhalve voor de tweede vraag als volgt te beantwoorden:

In het kader van een in 1995 krachtens artikel 4 van de verordening door een lidstaat uitgeschreven openbare aanbesteding van de exploitatie van geregelde luchtdiensten op een route in overeenstemming met de voor die route opgelegde openbare dienstverplichtingen, kon slechts tot 1 april 1997 van inschrijvende luchtvaartmaat-

schappijen die over een in een andere lidstaat afgegeven vergunning beschikten, worden verlangd dat zij voldeden aan de in artikel 3, lid 2, van die verordening gestelde voorwaarden. Na die datum moesten en moeten deze luchtvaartmaatschappijen zonder beperking worden toegelaten.

4) *De derde vraag*

77. Met de derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen in hoeverre beschikking 94/698, in het bijzonder artikel 1, sub e, waarin wordt vastgesteld dat Portugal heeft toegezegd om artikel 4 uiterlijk vanaf 1 januari 1996 toe te passen op de autonome regio's de Azoren en Madeira, deze lidstaat belet gebruik te maken van de in artikel 3, lid 2, van de verordening voorziene bevoegdheid om de cabotage te beperken.

78. Verordening nr. 2408/92 is sinds haar inwerkingtreding van toepassing op de autonome regio Madeira. De autonome regio de Azoren daarentegen was tot 1 juli 1993 — later verlengd tot 30 juni 1998 — krachtens artikel 1, lid 4, van de verordening van haar toepassingsgebied uitgesloten.

79. Op grond van de in artikel 1, sub e, van beschikking 94/698 vermelde toezegging van Portugal is althans artikel 4 reeds sinds 1 januari 1996 van toepassing op de autonome regio de Azoren. Dit is precies het tijdstip vanaf wanneer de door Portugal uitgeschreven diensten moesten worden verricht.

80. Aangezien de toepassing van artikel 4 echter, zoals ik in verband met de eerste en de tweede vraag reeds heb uiteengezet, een lidstaat niet belet om de in artikel 3, lid 2, gegeven bevoegdheid te benutten, zal ik thans onderzoeken in hoeverre beschikking 94/698 een afstand van de bevoegdheden van artikel 3, lid 2, vanaf 1 januari 1996 tot gevolg heeft gehad.

81. Artikel 1, sub e, van beschikking 94/698 bevat geen uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 3, lid 2, van de verordening. Derhalve zal ik nagaan of uit de motivering van de beschikking volgt dat voor toepassing van deze bepaling geen plaats meer was.

82. Flightline benadrukt dat Portugal zich als tegenprestatie voor de steunverlening heeft verplicht om de barrières ter bescherming van TAP tegen concurrentie op te heffen. Deze opvatting vindt steun in hoofdstuk VIII, punt 3, van de motivering van beschikking 94/698. Hierin stelt de

Commissie dat het wegnemen van de beperkingen die TAP tegen concurrentie beschermen, een passende compensatie biedt voor de verlening van de steunmaatregel.

83. Beperking van cabotage op de voet van artikel 3, lid 2, is, zoals gezegd, in beginsel een mededingingsbeperkende maatregel. Aangezien TAP als enige had ingeschreven voor de negen krachtens artikel 4, lid 1, sub d, aan te besteden routes, kwam de toepassing van artikel 3, lid 2, neer op een maatregel die TAP tegen concurrentie beschermde. Flightline voldeed immers niet aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2, en kon derhalve niet aan de aanbesteding deelnemen.

84. In hoofdstuk III, punt 3, van beschikking 94/698 wordt bij wijze van voorbeeld een aantal maatregelen genoemd die Portugal in het bijzonder diende te nemen om de bescherming tegen concurrentie weg te nemen; net als in artikel 1, sub e, van de beschikking wordt hier echter alleen het organiseren van een aanbesteding krachtens artikel 4 genoemd. Op artikel 3, lid 2, wordt daarentegen niet ingegaan (zie hoofdstuk III, punt 3, tweede streepje van beschikking 94/698). Evenmin wordt van Portugal verlangd afstand te doen van de in die bepaling verleende bevoegdheid om de cabotage te beperken.

85. In de motivering wordt er ook nog op gewezen dat de openbare dienstverplichtingen die Portugal voor de autonome regio's de Azoren en Madeira wil opleggen, overeenkomstig artikel 4, lid 1, sub e, in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen moeten worden bekendgemaakt. In dat verband wordt gezegd dat het recht om een dergelijke dienst te exploiteren in het kader van een aanbesteding moet worden aangeboden „indien [...] geen Europese luchtvaartmaatschappij bereid is deze openbare dienst op zich te nemen". Hieruit zou eventueel kunnen worden afgeleid dat de aanbesteding zich niet mag beperken tot ondernemingen die voldoen aan de criteria van artikel 3, lid 2.

86. Deze opvatting wordt bevestigd bij vergelijking van beschikking 94/698 met de overeenkomstige passage in artikel 4, lid 1, sub d, van de verordening. Deze bepaling spreekt in algemene zin van luchtvaartmaatschappijen. De klemtoon op „Europese" luchtvaartmaatschappijen zou derhalve kunnen zijn ingegeven door een bewust streven naar uitbreiding van de mogelijke kring van aanbieders.

87. Een dergelijke uitlegging van beschikking 94/698 zou echter een contradictie tussen artikel 4, lid 1, sub a, en artikel 4, lid 1, sub d, tot gevolg hebben. Sommige luchtvaartmaatschappijen zouden wel een vergunning mogen aanvragen voor routes waarop krachtens artikel 4, lid 1, sub a, openbare dienstverplichtingen zijn opgelegd. Zij zouden echter niet mogen deelnemen aan een vervolgens overeenkomstig

artikel 4, lid 1, sub d, uitgeschreven aanbesteding wanneer zij niet voldoen aan de criteria van artikel 3, lid 2. De beschikking — die op dit punt weer gelijkluidend is met artikel 4, lid 1, sub d, van de verordening — bepaalt namelijk ook dat voor het geval dat geen luchtvaartmaatschappij bereid is de krachtens artikel 4, lid 1, sub a, gepubliceerde openbare dienstverplichtingen op zich te nemen, de exploitatie van de routes in het kader van een openbare aanbesteding krachtens artikel 4, lid 1, sub d, wederom alleen mag worden aangeboden aan elke Europese luchtvaartmaatschappij „die een dergelijke dienst mag onderhouden". Aangezien ervan kan worden uitgegaan dat de identieke bewoordingen van de beschikking en de verordening ook een identieke strekking hebben, kan uit deze formulering, zoals ik reeds heb betoogd in verband met de eerste vraag, niet worden afgeleid dat de toepassing van de bevoegdheid van artikel 3, lid 2, van de verordening is uitgesloten.

88. Ook uit artikel 1, sub f, evenals uit hoofdstuk III, punt 3, eerste streepje, van beschikking 94/698 kan niets anders worden opgemaakt. Hierin wordt weliswaar gesteld dat Portugal heeft bevestigd dat de liberalisering van niet-geregeld vervoer tussen alle luchthavens in de Gemeenschap en de Azoren „alle diensten" bestrijkt en dat dit soort luchtvervoer dientengevolge wordt toegestaan ondanks het feit dat de Azoren nog van de toepassing van de verordening zijn uitgesloten. Deze passage betreft echter niet het toepassingsgebied van artikel 4 van de verordening. Dit artikel betreft uitdrukkelijk het geregeld luchtvervoer en niet het ongeregelde luchtvervoer. Bovendien doelt het woord „alle" op het soort diensten, zoals blijkt uit de vermelding van de „seat only"- en de „one way"-charterdiensten. Liberalisering van de cabotagediensten kan er dus niet in worden gelezen.

89. Ik concludeer dat uit de motivering van beschikking 94/698 niet kan worden afgeleid dat Portugal alle maatregelen ter bescherming van TAP diende op te heffen, en in het bijzonder niet dat deze lidstaat afstand deed van zijn in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 2408 vastgelegde recht.

90. Flightline stelt ten onrechte dat de toepassing van artikel 3, lid 2, moet worden uitgesloten omdat anders de in beschikking 94/698 opgenomen verplichting tot toepassing van artikel 4 geen zin zou hebben. Zonder beschikking 94/698 had Portugal artikel 4 immers pas vanaf 30 juni 1998 op de autonome regio de Azoren behoeven toe te passen. Tot dit tijdstip waren zonder beschikking 94/698 noch artikel 3, noch artikel 4 op de Azoren van toepassing. In zoverre bevordert beschikking 94/698 de mededinging.

91. Voor de Azoren is de verplichte uitschrijving van een aanbesteding in zoverre van belang, dat, zoals de Commissie aan-

voert, op deze routes met name de luchtvaartmaatschappij Portugália TAP kon gaan beconcurreren. Hier konden, zoals aangegeven in het antwoord op de eerste vraag, nog de niet in Portugal geregistreerde luchtvaartmaatschappijen bijkomen die voldeden aan de in artikel 3, lid 2, genoemde criteria.

92. De door mij bepleitte uitlegging van beschikking 94/698 sluit aan bij de praktijk van de Commissie tot dusver. In haar opmerkingen wijst zij erop dat zij ook in andere steunbeschikkingen nooit van de lidstaten heeft verlangd voortijdig afstand te doen van hun rechten uit hoofde van artikel 3, lid 2. Er is geen reden om in de onderhavige beschikking iets anders te lezen. De Commissie heeft ook nooit twijfel gehad aan de rechtmatigheid van de in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakte aanbesteding met de daarin voorkomende verwijzing naar de toepassing van artikel 3, lid 2.

93. Als tussenresultaat concludeer ik derhalve dat uit artikel 1, sub e en f, van beschikking 94/698 niet volgt dat Portugal afstand heeft gedaan van zijn in artikel 3, lid 2, vastgelegde rechten.

94. Maar ook in het kader van de derde vraag moet worden bedacht dat de beperkingen van artikel 4, lid 1, sub d, die het gevolg zijn van de toepassing van artikel 3, lid 2, niet verder mogen gaan dan in laatstgenoemde bepaling voorzien, dat wil zeggen dat hun werking niet verder mag gaan dan tot 1 april 1997. Het zou in strijd zijn met artikel 3, lid 2, wanneer exclusieve rechten konden worden toegekend met gelijktijdige beperking van cabotage tot na dat tijdstip. De routes naar de autonome regio Madeira mochten dus slechts tot en met 31 maart 1997, die naar de autonome regio de Azoren slechts tot en met 30 juni 1998 worden aanbesteed onder de voorwaarde dat de aanbieders voldeden aan de criteria van artikel 3, lid 2, van de verordening. Voor Madeira werd verordening nr. 2408/92 op 1 april 1997, voor de Azoren op 1 juli 1998 volledig van kracht.

95. Tegen deze achtergrond stel ik voor de derde prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

Artikel 1, sub e en f, van beschikking 94/698/EG van de Commissie, waarin aan goedkeuring van de daarin bedoelde steunmaatregel de voorwaarde wordt verbonden dat Portugal zijn verplichting nakomt om uiterlijk vanaf 1 januari 1996 artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 op de autonome regio's toe te passen en de openbare dienstverplichtingen voor de betrokken routes te publiceren, houdt niet in dat Portugal geen gebruik kan maken van de in artikel 3, lid 2, van de verordening aan de lidstaten verleende bevoegdheid om cabotage te weigeren. Nochtans mocht de cabotage voor Madeira slechts tot 1 april 1997 en voor de Azoren slechts tot 1 juli 1998 worden beperkt.

VII — Conclusie

96. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

1. De uitoefening van het in artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes aan een lidstaat verleende recht veronderstelt niet noodzakelijkerwijs, en heeft ook niet tot gevolg, dat hij afstand doet van de in artikel 3, lid 2, van die verordening voorziene bevoegdheid om tot 1 april 1997 de mededinging bij cabotagediensten op zijn grondgebied te beperken.

2. In het kader van een in 1995 krachtens artikel 4 van de verordening door een lidstaat uitgeschreven openbare aanbesteding van de exploitatie van geregelde luchtdiensten op een route in overeenstemming met de voor die route opgelegde openbare dienstverplichtingen, kon slechts tot 1 april 1997 van inschrijvende luchtvaartmaatschappijen die over een in een andere lidstaat afgegeven vergunning beschikten, worden verlangd dat zij voldeden aan de in artikel 3, lid 2, van die verordening gestelde voorwaarden. Na die datum moesten en moeten deze luchtvaartmaatschappijen zonder beperking worden toegelaten.

3. Artikel 1, sub e en f, van beschikking 94/698/EG van de Commissie van 6 juli 1994 betreffende kapitaalverhoging, kredietgaranties en bestaande belastingvrijstelling voor, Transportes Aéreos Portugueses SA (TAP), waarin aan goedkeuring van de daarin bedoelde steunmaatregel de voorwaarde wordt

verbonden dat Portugal zijn verplichting nakomt om uiterlijk vanaf 1 januari 1996 artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 op de autonome regio's toe te passen en de openbare dienstverplichtingen voor de betrokken routes te publiceren, houdt niet in dat Portugal geen gebruik kan maken van de in artikel 3, lid 2, van de verordening aan de lidstaten verleende bevoegdheid om cabotage te weigeren. Nochtans mocht de cabotage voor Madeira slechts tot 1 april 1997 en voor de Azoren slechts tot 1 juli 1998 worden beperkt.