FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 27 september 2001 [1]

I — Inledning

1. Portugisiska Supremo Tribunal Administrativo (högsta förvaltningsdomstolen) har begärt EG-domstolens tolkning av rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (nedan kallad förordning nr 2408/92). [2] Begäran om förhandsavgörande rör särskilt frågan huruvida ett anbudsförfarande enligt artikel 4 avseende en viss flyglinje begränsar medlemsstatens rättigheter enligt artikel 3.2 — nämligen möjligheten att inte ge trafikrättigheter för cabotage — och huruvida detta var fallet år 1995 när ett anbudsförfarande ägde rum enligt en förpliktelse som följde ett stöd som Portugal beviljats av kommissionen år 1994. Utan denna förpliktelse hade ett sådant förfarande på grund av en till år 1997 resp. 1998 gällande undantagsreglering ännu inte behövt äga rum. Det rör sig närmare bestämt om flyglinjerna från portugisiska fastlandet till Madeira och Azorerna.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 240, s. 8; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 123.

II — Tillämpliga bestämmelser

1) *Förordning nr 2408/92*

Artikel 1

"1. Denna förordning gäller tillträde till flyglinjer inom gemenskapen, för såväl regelbunden som icke regelbunden lufttrafik.

...

(Artikel 1.2 och 1.3 rör förordningens tillämpning på Gibraltar.)

4. Flygplatserna på de grekiska öarna och på de öar i Atlanten som utgör den autonoma regionen Azorerna undantas från tillämpningen av denna förordning till och

med den 30 juni 1993.[3] Såvida inte annat beslutas av rådet efter förslag av kommissionen, skall detta undantag gälla under ytterligare fem år och får därefter förlängas med ytterligare en femårsperiod.[4]"

Artikel 3

"1. Om inte annat följer av denna förordning skall de berörda medlemsstaterna tillåta EG-flygtrafikföretag att utöva trafikrättigheter på flyglinjer inom gemenskapen.

2. Trots bestämmelsen i punkt 1 är en medlemsstat inte skyldig att före den 1 april 1997[5] ge trafikrättigheter för cabotage inom sitt territorium till EG-lufttrafikföretag som har fått sitt tillstånd av en annan medlemsstat om inte

i) trafikrättigheten utövas på en flygförbindelse som enligt tidtabellen antingen utgör en förlängning av en förbindelse från eller en första delsträcka av en förbindelse till registreringsstaten,

ii) den kapacitet som lufttrafikföretaget använder på cabotageförbindelsen utgör högst 50 % av dess kapacitet per säsong på den förbindelse där cabotageförbindelsen utgör en förlängning eller en första delsträcka.

..."

Artikel 4

"1. a) En medlemsstat får, efter samråd med andra berörda medlemsstater och efter att ha meddelat kommissionen och de lufttrafikföretag som utövar lufttrafik på flyglinjen, inom sitt territorium införa allmän trafikplikt med avseende på regelbunden lufttrafik till ett ytterområde eller ett utvecklingsområde eller på en flyglinje med låg trafikintensitet till en regional flygplats, om flyglinjen anses väsentlig för den ekonomiska utvecklingen i den region där flygplatsen är belägen. Detta får göras i den utsträckning som är nödvändig för att på denna flyglinje säkerställa ett adekvat

3 — Förordningen som sådan trädde enligt artikel 16 i kraft den 1 januari 1993.

4 — Detta undantag gällde alltså för Azorerna fram till den 30 juni 1998 eftersom rådet inte beslutade annat. Det beslutades inte om någon i och för sig möjlig ytterligare förlängning av perioden.

5 — Detta datum gällde således för flygningarna till och från Madeira.

utbud av regelbunden lufttrafik som uppfyller fastställda normer för kontinuitet, regelbundenhet, kapacitet och prissättning, normer som lufttrafikföretagen inte skulle uppfylla om de enbart tog hänsyn till sina kommersiella intressen. Kommissionen skall offentliggöra sådan allmän trafikplikt i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

h) En medlemsstat kan ge ersättning till ett lufttrafikföretag som har valts ut... för att det uppfyller de normkrav som gäller för den allmänna trafikplikten enligt denna punkt. Ersättningen skall beräknas med hänsyn till de kostnader och intäkter som tjänsten inbringar.

..."

...

Artikel 5

d) Om inget lufttrafikföretag utövar eller står i begrepp att utöva regelbunden lufttrafik på en flyglinje i enlighet med den allmänna trafikplikt som gäller för flyglinjen får medlemsstaten begränsa tillträde till den flyglinjen till endast ett lufttrafikföretag för en period på högst tre år, varefter situationen skall omprövas. Rättigheten att utöva lufttrafik på sådana flyglinjer skall erbjudas genom offentligt anbudsförfarande, antingen för en flyglinje eller för ett antal flyglinjer, riktat till alla EG-lufttrafikföretag som är berättigade att utöva sådan lufttrafik...

"På inhemska flyglinjer för vilka vid tiden för denna förordnings ikraftträdande exklusiv koncession har beviljats genom lag eller kontrakt, och där andra transportformer inte kan säkerställa en adekvat och regelbunden trafik, får en sådan koncession fortsätta att gälla tills den löper ut eller i tre år beroende på vilken tidpunkt som infaller först."

2) *Beslut 94/698 om stöd*

...

Artikel 1 e och f i kommissionens beslut 94/698/EG av den 6 juli 1994 om kapital-

ökning, lånegarantier och skattebefrielsen för TAP [6] har följande lydelse:

"Stödet som skall beviljas det portugisiska flygbolaget TAP... är förenligt med den gemensamma marknaden, förutsatt att...

e) Portugal fullgör sin förpliktelse att senast från och med den 1 januari 1996 [7] tillämpa artikel 4 i förordning (EEG) nr 2408/92 med avseende på Atlantöarna (Madeira och Azorerna), det vill säga att offentliggöra den på dessa flyglinjer införda allmänna trafikplikten (se avsnitt VIII.3).

f) Portugal fullgör sin förpliktelse att inkludera samtliga i förordning (EEG) nr 2408/92 uppräknade flygtjänster i liberaliseringen av charterflygtrafiken mellan samtliga flygplatser inom gemenskapen och Azorerna, det vill säga även 'Seat only-försäljning' och 'One-way-charterflygningar'...."

2. Avsnitt VIII.3 i stödbeslutet har följande lydelse:

"... Kommissionen har fört till protokollet de försäkringar som den portugisiska regeringen har lämnat och de förpliktelser den åtagit sig i fråga om genomförandet av bestämmelserna om tillträde till den gemensamma flygtrafikmarknaden och om tolkningen av vissa bestämmelser. Enligt kommissionens uppfattning är undanröjandet av de åtgärder som skyddar TAP från konkurrens ett tillräckligt skäl för att det skall vara motiverat att bevilja ett stöd som överensstämmer med det gemensamma intresset i enlighet med artikel 92.3 c i fördraget respektive artikel 61.3 c i EES-avtalet. Portugal har särskilt

— bekräftat att liberaliseringen av charterflygtrafiken mellan flygplatser inom gemenskapen och Azorerna omfattar samtliga tjänster enligt förordning (EEG) nr 2408/92, det vill säga även 'Seat only-försäljning' och 'One-way-

6 — EGT L 279, s. 29.

7 — Undantagsbestämmelserna för Madeira gällde till den 1 april 1997 — se artikel 3.2 — och undantagsbestämmelserna för Azorerna gällde till den 30 juni 1998, se artikel 1.4 i förordning nr 2408/92 och fotnot 5.

charterflygningar'. Dessa tjänster är därmed tillåtna trots att Azorerna ännu är undantagna från tillämpningsområdet för förordning nr (EEG) nr 2408/92.

3) *Anbudsförfarandet enligt artikel 4.1 d*

3. I det meddelande om anbudsförfarande inom ramen för vilket TAP ansökte om rätt att tillhandahålla flygtjänster föreskrevs bland annat följande [8]:

"3. Deltagande i anbudsförfarandet

— bekräftat sin avsikt och beredskap att år 1995 i enlighet med artikel 4 i förordning (EEG) nr 2408/92 genomföra ett offentligt anbudsförfarande avseende flygförbindelserna mellan det portugisiska fastlandet och Madeira respektive Azorerna. Dessutom har Portugal för avsikt att under första halvåret 1995 underrätta kommissionen om detaljerna angående den på dessa flyglinjer införda allmänna trafikplikten, så att detta kan offentliggöras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. I detta sammanhang vill kommissionen återigen hänvisa till att den allmänna trafikplikten enligt artikel 4 i förordning (EG) nr 2408/92 måste offentliggöras särskilt i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Skulle efter ett sådant offentliggörande inte något europeiskt flygtrafikföretag förklara sig villigt att uppfylla dessa förpliktelser, skall rätten att trafikera en eller flera av dessa linjer genom ett offentligt anbudsförfarande bjudas ut till samtliga europeiska flygtrafikföretag som är berättigade att tillhandahålla sådana flygtjänster."

Anbudsförfarandet är öppet för alla lufttrafikföretag som innehar ett giltigt tillstånd att genomföra lufttransport, utfärdad i någon av medlemsstaterna i enlighet med förordning (EEG) nr 2407/92 av den 23.7.1992 om utfärdande av tillstånd för lufttrafikföretag.

I enlighet med bestämmelserna i artikel 3.2 i förordning nr 2408/92 fastställer Portugal att lufttrafikföretag som innehar tillstånd utfärdade i andra medlemsstater än Portugal fram till den 1.4.1997 för cabotagetransporten i Portugal, inte får använda mer än 50 % av de kapaciteter de använder

8 — EGT C 223, 29.8.1995, s. 16.

under en flygsäsong på samma flyglinje, varvid cabotagetransporten skall avse flyglinjens begynnelse- eller slutsträcka.

...

11. Anbudsförfarandets giltighet

I enlighet med första satsen i förordning (EEG) nr 2408/92, artikel 4.1 d) är detta anbudsförfarande giltigt under förutsättning att inget EG-lufttrafikföretag som skulle kunna erhålla tillstånd för dessa flyglinjer före den 1.11 1995 (med hänsyn till...) lämnat in en ansökan om tillstånd för trafik på en eller flera av dessa flyglinjer från och med den 1.1.1996 i enlighet med reglerna för allmän trafikplikt och utan att kräva finansiell kompensation.

I varje fall kommer anbudsförfarandet endast att avse de sträckor, för vilka inget lufttrafikföretag anmält sig den 1.11 1995, i enlighet med ovanstående bestämmelser.

...»

III — Bakgrund

4. Genom kommissionens beslut 94/698 av den 6 juli 1994 (nedan kallat stödbeslutet) beviljade kommissionen olika slags stöd till det portugisiska statliga lufttrafikföretaget Transportes Aéreos Portugueses SA (nedan kallat TAP). Detta skedde inom ramen för ett omstruktureringsprogram.

5. Med stödet följde vissa förpliktelser vilka har angetts i artikel 1 a—h i stödbeslutet. Bland annat skulle Portugal enligt punkt e i denna bestämmelse åta sig att senast från och med den 1 januari 1996 tillämpa artikel 4 i förordning nr 2408/92 med avseende på Atlantöarna (Madeira och Azorerna).

6. I enlighet med artikel 4.1 a i förordning nr 2408/92 offentliggjordes den 4 augusti 1995 kommissionens meddelande om att Portugal i överensstämmelse med stödbeslutet hade beslutat att allmän trafikplikt skulle införas beträffande flygtrafiken på nio linjer mellan de på fastlandet belägna

delarna av Portugal och de autonoma regionerna liksom mellan dessa.[9]

7. Den 29 augusti 1995 inleddes ett offentligt anbudsförfarande i enlighet med artikel 4.1 d i förordning nr 2408/92 avseende utövandet av lufttrafik på dessa linjer. Målet med anbudsförfarandet var att välja ut ett enda lufttrafikföretag som under tiden 1 januari 1996 till 31 december 1998 mot ekonomisk kompensation skulle tillhandahålla flygtjänster på samtliga nio nämnda linjer i enlighet med den allmänna trafikplikten. Deltagandet i anbudsförfarandet skulle uttryckligen ske med förbehåll för artikel 3.2 i förordning nr 2408/92. Anbudsförfarandet gällde under förutsättning att inte någon anbudsgivare som var berättigad att tillhandahålla enstaka eller samtliga flygtjänster utan att begära ekonomisk kompensation före den 1 november 1995 hade inkommit med någon ansökan avseende de ifrågavarande linjerna. I anbudsförfarandet deltog endast TAP som redan hade ett exklusivt tillstånd att till slutet av år 1995 tillhandahålla flygtjänster på de aktuella linjerna.

8. Visserligen ansökte Flightline Ltd (nedan kallat Flightline), ett brittiskt bolag med säte i Förenade kungariket, som innehar ett brittiskt lufttrafiktillstånd, den 30 oktober 1995, det vill säga före det att tiden för ingivande av anbud hade gått ut, utan att begära ekonomisk kompensation därför, om tillstånd att tillhandahålla flygtjänster på åtta av de nio angivna linjerna. Ansökan avslogs genom ett beslut av den 22 december 1995 av statssekreteraren för transport- och kommunikationspolitik. Beslutet motiverades med att anbudet avsåg cabotagetjänster och att de villkor som hade angetts i artikel 3.2 i förordningen därför inte var uppfyllda.

9. Beslutet överklagades men överklagandet avslogs. I domen angavs att tillämpningen av artikel 3.2 i förordning nr 2408/92 varken stred mot stödbeslutet eller artikel 4. Syftet med artikel 3.2 skulle annars i allt väsentligt gå förlorat. I stödbeslutet hänvisas endast till artikel 4 i förordningen. Förordningen skall — enligt begäran om förhandsavgörande — tolkas fristående.

IV — Begäran om förhandsavgörande

10. Flightline har överklagat denna dom till portugisiska Supremo Tribunal Administrativo och därvid begärt ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

1. Förutsätter eller medför en medlemsstats utövande av de rättigheter och befogenheter som föreskrivs i artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 att denna medlemsstat

9 — EGT C 200, 4.8.1995, s. 3.

måste avstå från att utnyttja den möjlighet, som föreskrivs i artikel 3.2 i samma förordning, att till och med den 1 januari 1997 begränsa konkurrensen avseende cabotage inom denna medlemsstat?

2. Är det, inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande inlett av en medlemsstat år 1995 och avseende tillhandahållande av regelbunden lufttrafik på en viss flyglinje i enlighet med den allmänna trafikplikten som gäller för denna flyglinje i enlighet med artikel 4 i förordningen, möjligt att uppställa som krav att de flygbolag som har beviljats tillstånd i en annan medlemsstat uppfyller villkoren i artikel 3.2 i förordningen?

3. Skall artikel 1 e i kommissionens beslut nr 94/698 — i vilken det för att stöd skall kunna beviljas föreskrivs att Portugal skall uppfylla den förpliktelse som föreskrivs i artikel 4 i förordning (EEG) nr 2408/92 med avseende på de autonoma regionerna från och med den 1 januari 1996 och offentliggöra den allmänna trafikplikten som gäller de berörda flyglinjerna ("enligt avsnitt VIII.3") — tolkas på så sätt att Portugal inte kan utnyttja den möjlighet som ges medlemsstaterna enligt artikel 3.2 i förordningen?

V — Parternas argumentation

1) *Flightline*

11. Flightline har anfört att tolkningsfrågorna inte motsvarar de frågor som är relevanta inför målet i den nationella domstolen, vilket snarare handlar om huruvida Portugal hade rätt att avslå Flightlines ansökan med motiveringen att de villkor som anges i artikel 3.2 inte är uppfyllda.

12. Enligt Flightlines uppfattning är svaret på denna fråga nej. Kommissionen har endast gett tillstånd till TAP:s omstruktureringsåtgärder under vissa förutsättningar. Däribland kan bland annat nämnas det i artikel 1 e i stödbeslutet föreskrivna villkoret att genomföra ett offentligt anbudsförfarande och att offentliggöra den allmänna trafikplikten i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Kommissionen har som motvikt till beviljandet av stöd ålagt Portugal att undanröja de åtgärder som skyddar TAP från konkurrens. Det skulle därmed vara uteslutet att förena anbudsförfarandet med de villkor som anges i artikel 3.2 i förordningen.

13. Artikel 4 i förordningen jämförd med artikel 1 e i stödbeslutet visar att Portugal

har förbundit sig att inte åberopa artikel 3.2 i förordningen. Detta följer dels av att det medför att Portugal skulle vara förpliktad till något som staten inte redan var förpliktad till enligt förordning nr 2408/92, dels av det förhållandet att artikel 3.2 i förordningen endast gällde till och med den 1 april 1997. Anbudsförfarandet däremot gällde fram till den 31 december 1998. Det är inte tänkbart att Portugal, även om stödbeslutet syftar till en stegvis liberalisering, skulle kunna begränsa konkurrensen under ett år och nio månader utöver den ursprungliga perioden.

14. Enligt Flightline har artikel 4 och artikel 3 skilda tillämpningsområden. Artikel 4 rör de flyglinjer för vilka det inte finns några sökande och därmed inte någon konkurrens, medan artikel 3.2 rör begränsningar på de linjer där det råder konkurrens.

15. Att inte tillämpa artikel 3.2 med avseende på de förbindelser som omfattas av artikel 4 i förordningen innebär inte att den till och med den 1 april 1997 befintliga möjligheten att begränsa konkurrensen på samtliga inomstatliga konkurrensutsatta linjer begränsas.

16. Artikel 3.2 medför inte någon skyldighet för medlemsstaterna, utan innebär endast en rättighet för dem att avslå en ansökan om cabotage.

17. Slutligen innebär tillämpningen av den i artikel 3.2 föreskrivna rättigheten en diskriminering på grund av nationalitet, som är förbjuden enligt artikel 12 EG, eftersom den i praktiken endast skulle utesluta anbud från flygtrafikföretag som inte är portugisiska.

2) *Transportes Aéreos Portugueses SA (TAP)*

18. TAP menar till att börja med att begäran om förhandsavgörande inte skall tas upp till prövning. Artikel 234 i EG-fördraget ger inte EG-domstolen någon behörighet att döma i enskilda fall. Mot bakgrund av gemenskapsbestämmelsernas entydiga ordalydelse kan det ifrågasättas om det här föreligger någon behörighet för EG-domstolen att meddela ett förhandsavgörande.

19. I sak har TAP påpekat att det i huvudsak handlar om huruvida Republiken Portugal, mot bakgrund av artiklarna 3.2 och 4.1 d i förordning nr 2408/92 liksom det i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* publicerade anbudsförfarandet, var skyldig att godta Flightlines anbud.

20. Enligt TAP:s uppfattning framgår det varken av artikel 4 i förordningen eller av stödbeslutet att Portugal har avstått från sina rättigheter enligt artikel 3.2. Det går inte att skönja någon förbindelse mellan artiklarna 3.2 och 4 utifrån bestämmelsernas ordalydelse och systematik. Följaktligen är det inte uteslutet att åberopa rättigheterna enligt artikel 3 inom ramen för tillämpningen av artikel 4.

21. Dessutom måste man beakta den steg- och gradvisa liberaliseringen inom lufttrafiken. Denna rättfärdigar sådana skyddsåtgärder som de som anges i artikel 3.2. De medlemsstater som har infört allmän trafikplikt har också upprätthållit begränsningarna i friheten att driva lufttrafik på de inomstatliga flyglinjerna.

22. För övrigt har kommissionen inte gjort några invändningar mot genomförandet av stödbeslutet och följaktligen godtagit innehållet i anbudsförfarandet.

3) *Republiken Portugal*

23. Den portugisiska regeringen har anfört att tillämpningen av artikel 3.2 inte lagligen är beroende av att allmän trafikplikt enligt artikel 4 införs. Även andra medlemsstater som har infört en sådan trafikplikt, till exempel Frankrike, har tillämpat artikel 3.2. Bakgrunden till förordning nr 2408/92 visar att artikel 3.2 återspeglar en balans mellan liberaliseringen av lufttrafiken och skyddet av den särskilda situation de nationella flygföretagen i respektive medlemsstat befinner sig i.

24. Dessutom har artikel 1.4 i förordningen till och med den 30 juni 1998 uteslutit den autonoma regionen Azorerna från förordningens tillämpningsområde. I samband med förhandlingarna om stöd föreslog Portugal, för att säkerställa insynen i TAP:s räkenskaper och kontrollen av pengaflödet från staten till TAP, att flygförbindelserna till Azorerna, trots artikel 1.4 i förordningen, skulle underkastas samma bestämmelser som är tillämpliga beträffande Madeira. Följaktligen innebär inte det förhållandet att förbindelserna till Azorerna omfattas av artikel 4 i förordningen ett avstående från den i artikel 3.2 föreskrivna skyddsklausulen.

25. Ett sådant avstående skulle dessutom endast kunna ske uttryckligen eftersom det handlar om ett grundläggande nationellt allmänt intresse. Inte någon av Portugals företrädare i förhandlingarna har emellertid haft befogenhet att i Portugals namn avstå från dessa rättigheter.

26. Dessutom har Portugal hänvisat till avsnitt VIII i stödbeslutet. Där har uttryckligen slagits fast att anbudsförfarandet är öppet för samtliga europeiska lufttrafikföretag som "är berättigade att tillhandahålla sådana flygtjänster", "berättigade" även med beaktande av de begränsningar som anges i artikel 3.2.

27. Liksom TAP har den portugisiska regeringen hänvisat till att kommissionen inte har framfört några invändningar mot genomförandet av stödbeslutet och följaktligen har godtagit innehållet i anbudsförfarandet.

4) *Kommissionen*

28. Vad gäller den första och den andra frågan har kommissionen anfört att en tillämpning av artiklarna 4 och 5 i förordning nr 2408/92 inte innebär att staten dessförinnan har avstått från de skyddsåtgärder som anges i artikel 3.2. Även om denna bestämmelse innebär ett undantag från den i artikel 3.1 fastslagna allmänna principen om fritt tillträde till flyglinjerna inom gemenskapen, följer det av övervägandena till förordningen att cabotagerättigheter endast skall införas stegvis. Även artikel 5 i förordningen pekar på en successiv liberalisering av lufttrafiken mellan medlemsstaterna.

29. Dessutom följer det av ordalydelsen i artikel 4.1 d att lufttrafikföretagens tillträde till inomstatliga flyglinjer som är förenade med allmän trafikplikt till och med den 1 april 1997 var begränsat till dem "som är berättigade att utöva sådan lufttrafik". Därmed har villkoret ställts upp att även förutsättningarna som anges i artikel 3.2 måste vara uppfyllda.

30. Det uttryck som anges i artikel 4 ("alla EG-lufttrafikföretag som är berättigade att utöva sådan lufttrafik") återfinns med samma betydelse i artikel 5.3 c i rådets förordning (EEG) nr 2343/90 av den 24 juli 1990 om lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer i regelbunden lufttrafik inom gemenskapen och om delning av passagerarkapaciteten mellan lufttrafikföretag i regelbunden lufttrafik mellan medlemsstaterna. [10] Artikel 4.1 måste ses mot bakgrund av att tillträde till flyglinjer som är förenade med allmän trafikplikt får ges till ett lufttrafikföretag för en period om maximalt tre år. Artikel 4 är däremot inte förenad med någon fast tidsgräns. Den enda skyldigheten består därvid av en regelbunden omprövning av den allmänna trafikplikten.

31. För tiden mellan den 1 januari 1993 och den 1 april 1997 har en medlemsstats användning av de möjligheter som ges i artikel 4 en praktisk betydelse, även om

10 — EGT L 217, s. 8; svensk specialutgåva, område 7, volym 3, s. 214.

medlemsstaten utövar sina rättigheter enligt artikel 3.2. För det första kan ett anbudsförfarande enligt artikel 4.1 d leda till konkurrens mellan de lufttrafikföretag som innehar ett tillstånd som utfärdats i den berörda medlemsstaten. För det andra kan samtliga EG-lufttrafikföretag som uppfyller villkoren som anges i artikel 3.2 i förordningen delta i anbudsförfarandet.

32. Vad gäller den tredje frågan har kommissionen anfört att det varken av beslutets generella struktur eller av de omständigheter under vilka det tillkom kan utläsas att Portugals åtagande att tillämpa artikel 4 beträffande de autonoma regionerna Azorerna och Madeira skall förstås så att användningen av den möjlighet som ges i artikel 3.2 skulle vara utesluten. Det såväl i förordningen som i stödbeslutet förekommande uttrycket "som är berättigade att tillhandahålla sådana flygtjänster" måste tolkas på samma sätt i båda fallen. Den tolkning som återfinns i punkterna 3 och 11 i det offentliga anbudsförfarandet är riktig.

33. I stödbeslutet stadgas att flygförbindelserna till de autonoma regionerna skall omfattas av förordning nr 2408/92. Samtliga lufttrafikföretag som innehade ett tillstånd som var utfärdat i Portugal kunde lämna in anbud angående dessa linjer, i synnerhet Portugália. I andra medlemsstater registrerade lufttrafikföretag skulle ha kunnat konkurrera med TAP förutsatt att de hade uppfyllt de villkor som anges i artikel 3.2. Konkurrensen skulle därmed främjas även om de rättigheter som anges i artikel 3.2 bibehölls.

34. Kopplingen till förordningen ger en bättre insyn beträffande den ekonomiska kompensation som Portugal utger för den allmänna ålagda trafikplikten. Särskilt undviks därmed att betalningarna blir högre än det fastställda underskottet på dessa linjer.

35. Slutligen har kommissionen framhållit att den i andra beslut rörande förenligheten med den gemensamma marknaden aldrig har krävt av medlemsstaterna att de först skall avstå från den möjlighet som ges i artikel 3.2 i förordningen.

VI — Bedömning

1) *Upptagande till sakprövning*

36. Invändningen om att begäran om förhandsavgörande inte skall tas upp till

sakprövning är inte övertygande. De frågor som har ställts rör tolkningen av artiklarna 3 och 4 i förordning nr 2408/92. De är av allmän karaktär och går utöver frågeställningen i det enskilda fallet. Begäran skall därför tas upp till sakprövning.

2) *Den första frågan*

37. Den första frågan rör det grundläggande förhållandet mellan artiklarna 3.2 och 4 i förordning nr 2408/92. Den handlar om huruvida införandet av allmän trafikplikt på en flyglinje och det offentliga anbudsförfarandet avseende flyglinjer i enlighet med artikel 4.1 leder till ett avstående från den till och med den 1 april 1997 befintliga möjligheten att begränsa cabotagerättigheterna.

a) Ordalydelsen i artiklarna 3 och 4

38. Av ordalydelsen i artikel 3.2 och artikel 4.1 framgår att ingen av dessa uttryckligen föreskriver ett sådant avstående. De båda bestämmelserna hänvisar inte på något sätt till varandra.

39. Kommissionen har hänvisat till att enligt artikel 4.1 d skall samtliga EG-lufttrafikföretag "... som är berättigade att utöva sådan lufttrafik" erbjudas de exklusiva rättigheter som anbudsförfarandet avser. Enligt kommissionens uppfattning är lufttrafikföretag "berättigade" endast om de uppfyller de villkor som anges i artikel 3.2. Detta följer av en jämförelse med ordalydelsen i föregångaren till denna bestämmelse, nämligen artikel 5.3 c i rådets förordning (EEG) nr 2343/90 av den 24 juli 1990 om lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer i regelbunden lufttrafik inom gemenskapen och om delning av passagerarkapaciteten mellan lufttrafikföretag i regelbunden lufttrafik mellan medlemsstaterna. Denna bestämmelse hänvisade uttryckligen till artikel 8 i förordning nr 2343/90, som innehöll en bestämmelse jämförbar med den i artikel 3.2 i förordning nr 2408/92.

40. Jämförelsen mellan bestämmelserna synes endast delvis ge stöd åt den av kommissionen föreslagna lösningen. Det förhållandet att artikel 4 inte — i varje fall inte uttryckligen — innehåller någon hänvisning till artikel 3, kan även tala för att förordning nr 2408/92 skulle gå längre i liberaliseringen av lufttrafiken än förordning nr 2343/90. Såsom också framgår av tredje till sjunde övervägandet i förordning nr 2408/92, innebär denna förordning ett ytterligare steg på vägen mot en liberalisering av lufttrafiken och går längre än förordning nr 2343/90. Såtillvida kan formuleringen i artikel 4 i förordning nr 2408/92 antyda att en tillämpning av artikel 3.2 är utesluten.

41. Vidare är det inte nödvändigtvis så att begreppet "berättigad" syftar på ett tillstånd i den mening som avses i artikel 3.2. Det är även möjligt att det skall förstås mot

bakgrund av bestämmelsen i artikel 2 b som definierar begreppet "EG-lufttrafikföretag" som "... ett lufttrafikföretag med giltig operativ licens som utfärdats av en medlemsstat i enlighet med rådets förordning (EEG) nr 2407/92 av den 23 juli 1992 om utfärdande av tillstånd för lufttrafikföretag". [11] "Berättigad" i den mening som avses i artikel 4.1 d skulle därmed också kunna förstås som en innehavare av en "giltig operativ licens som utfärdats... i enlighet med rådets förordning (EEG) nr 2407/92". I så fall skulle alla EG-lufttrafikföretag kunna delta i anbudsförfarandet, utan att artikel 3.2 skulle utgöra någon begränsning. Denna lösning har den fördelen att den är förenlig med den grundläggande tanken om liberalisering som kommer till uttryck i artikel 3.1.

42. Det kan konstateras att ordalydelsen i båda bestämmelserna ger utrymme för båda tolkningarna. Utifrån ordalydelsen kan man inte dra slutsatsen att det inom ramen för artikel 4 är uteslutet att tillämpa artikel 3.2.

b) Systematik

43. Det skall därför undersökas huruvida bestämmelsernas systematik leder till ett svar på tolkningsfrågan.

44. Beträffande termen systematik har kommissionen hänvisat till artikel 5. Denna bestämmelse reglerar ett tillfälligt upprätthållande av exklusiva trafikrättigheter. Såvitt dessa gällde när förordningen trädde i kraft, det vill säga den 1 januari 1993 (jfr artikel 16 i förordningen), fick de fortsätta att gälla tills de löpte ut, dock längst tre år, det vill säga längst till den 1 januari 1996. Liksom artikel 3.2 utgör även artikel 5 ett tillfälligt undantag från den princip om frihet att tillhandahålla flygtrafiktjänster som infördes genom artikel 3.1. [12] Enligt kommissionens uppfattning är det "uppenbart" att tillämpningen av artikel 5 inte utesluter en tillämpning av artikel 3.2. Följaktligen leder inte heller artikel 4.1 till ett avstående från att tillämpa artikel 3.2.

45. Föreskriften i artikel 5 är jämförbar med den i artikel 4.1 d. I båda fallen rör det sig om ett godtagande av exklusiva rättigheter och därmed om ett undantag från den genom artikel 3.1 införda friheten att tillhanda flygtrafiktjänster. I båda fallen har fastställts en längsta period om tre år.

46. Det finns emellertid även väsentliga skillnader mellan artiklarna 5 och 4. Inne-

11 — EGT L 240, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 116.

12 — Dom av den 26 juni 2001 i mål C-70/99, kommissionen mot Portugal (REG 2001, s. I-4845), punkterna 21 och 22. Jämför även — om än inte så entydigt — dom av den 18 januari 2001 i mål C-361/98, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-385), punkt 32.

hållsmässigt skiljer de sig från varandra i det avseendet att artikel 5 avser att skydda exklusiva rättigheter som beviljats före liberaliseringen den 1 januari 1993, medan artikel 4 rör beviljandet av nya exklusiva rättigheter efter detta datum. Gamla exklusiva rättigheter skall inte nödvändigtvis behandlas på samma sätt som nya rättigheter som har beviljats efter det att förordningen har trätt i kraft. Dessutom föreligger det en skillnad såvitt avser bestämmelsernas tillämpning i tid. Mellan artiklarna 3.2 och 5 finns det endast få möjligheter för bestämmelserna att kollidera. De exklusiva rättigheterna fick endast upprätthållas till den 1 januari 1996. Fram till dess fanns det under alla förhållanden inte några cabotagerättigheter. Kollisioner kunde därför endast förekomma under tiden från den 1 januari 1996 till den 1 april 1997. Vad gäller artikel 4 däremot skulle det ha kunnat uppstå kollisioner under hela den tid som artikel 3.2 var tillämplig, det vill säga från den 1 januari 1993 till den 1 april 1997. Mot bakgrund av dessa skillnader kan det ifrågasättas i vilken utsträckning det från artikel 5 går att härleda något argument för tolkningen av artikel 4.

47. Det systematiska sambandet mellan artiklarna 4.1 d och 3.1 talar för att en tillämpning av artikel 3.2 är utesluten. Redan det förhållandet att det i strid med den eftersträvade liberaliseringen gick att införa nya monopol — i varje fall tillfälliga sådana för en period om längst tre år — innebär att konkurrensen vad beträffar beviljandet av dessa exklusiva rättigheter borde vara öppen för alla EG-luftrafikföretag. En sådan tolkning vinner vidare stöd av den omständigheten att artikel 3.2 utgör ett undantag från huvudregeln i artikel 3.1. Som undantagsbestämmelse skall artikel 3.2 tolkas restriktivt.

48. Införandet av allmän trafikplikt sker enligt artikel 4.1 a i första hand utan att någon ersättning utges till lufttrafikföretagen. I överensstämmelse därmed föreskrevs uttryckligen i kommissionens meddelande om allmän trafikplikt för linjeflygtrafiken inom Portugal, som i enlighet med det förfarande som föreskrivs i artikel 4.1 a offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, [13] att "de lufttrafikföretag som anmäler sig för att trafikera linjerna [måste] efterleva de föreskrivna kraven på allmän trafikplikt utan att begära kompensation före den 31 oktober 1995". Det skulle därmed uttryckligen vara uteslutet med ersättning.

49. Detta innebär emellertid inte att det inte kan utges någon ersättning överhuvudtaget för uppfyllandet av den allmänna trafikplikten. För det första kan exklusiva rättigheter beviljas i enlighet med

13 — EGT C 200, 1995, s. 3.

artikel 4.1 d. En sådan monopolställning garanterar det lufttrafikföretag som utövar lufttrafik på flyglinjerna vissa inkomster. Därutöver kan ett lufttrafikföretag som inom ramen för ett sådant anbudsförfarande tilldelas kontraktet, beviljas ersättning i enlighet med artikel 4.1 h. Denna motsvarar skillnaden mellan kostnaderna för att uppfylla de ålagda kraven och de intäkter som tjänsten inbringar. [14] I enlighet med denna bestämmelse föreskrevs uttryckligen i punkt 6 i det i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* offentliggjorda meddelandet om infordrande av anbud, som utgjorde underlaget för det anbud TAP lämnade rörande de nio ifrågavarande flyglinjerna, att ekonomisk ersättning skulle utges och att anbudsgivarna därför uttryckligen skulle ange sina ersättningsanspråk i ansökan. [15]

50. Enligt kommissionens meddelande 94/C 350/07 om "tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget samt artikel 61 i EES-avtalet om statligt stöd inom luftfartssektorn" [16] är en sådan ersättning för förluster en "neutral affärsmässig transaktion mellan staten och flygföretaget". En sådan "... ersättning för den allmänna trafikplikten innehåller inte någon stödkomponent, eftersom lufttrafikföretagen har valts ut i behörig ordning i enlighet med ett anbudsförfarande (genom öppnande av en flyglinje för ett enskilt lufttrafikföretag), och eftersom ersättning högst kan utgå med det i anbudet nämnda underskottet ...". [17]

51. Såsom framgår av kommissionens beslut 94/666/EG [18] av den 6 juli 1994, är det vid sidan av den beskrivna ersättningsmekanism som regleras i förordning nr 2408/92 även tänkbart att bevilja stöd till ett lufttrafikföretag. I detta beslut, som rör ersättning till TAP för förluster till följd av flygtrafiken till de autonoma regionerna Azorerna och Madeira, det vill säga de flyglinjer som omfattas av tolkningsfrågorna, har kommissionen slagit fast att ersättning för allmän trafikplikt, såvitt den inte betalas ut till ett företag som har valts ut inom ramen för ett anbudsförfarande, skall betraktas som stöd. [19] Med beaktande av den endast i begränsad omfattning realiserade liberaliseringen inom lufttrafiken har kommissionen ändå betraktat det dåvarande stödet som ett regionalt stöd som är förenligt med fördraget. Även om stöd till lufttrafiken av kommissionen i princip bedöms stå i strid med fördraget, stadgas i detta beslut att det trots detta i princip är tänkbart med en ersättning i form av ett stöd.

52. Om uppfyllandet av allmän trafikplikt kompenseras med tillämpning av artikel 4.1 d och h, så uppstår frågan om

14 — Jfr punkt 16 i kommissionens meddelande 94/C 350/07 om "tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget samt artikel 61 i EES-avtalet om statligt stöd inom luftfartssektorn" (EGT C 350, 1994, s. 5).

15 — EGT C 223, 29.8.1995, s. 16.

16 — EGT C 350, 10.12.1994, s. 5.

17 — Punkt 18 i meddelandet.

18 — Kommissionens beslut 94/666/EG av den 6 juli 1994 om ersättning till TAP för förluster till följd av flygtrafik till de autonoma regionerna Azorerna och Madeira (EGT L 260, s. 27).

19 — Beslut 94/666 (ovan fotnot 18), punkt V, s. 30.

en sådan konkurrensbegränsning som stadgas i artikel 3.2, fortfarande kan vara lagenlig. Eftersom artikel 3.2 såsom undantagsbestämmelse till den i artikel 3.1 fastslagna principen om liberalisering skall tolkas restriktivt, skulle man kunna dra slutsatsen att artikel 3.2 inte är tillämplig inom ramen för artikel 4.1 d. Denna fråga skall besvaras nedan.

53. Analysen av det systematiska sammanhang inom vilket bestämmelserna återfinns talar snarare för att artikel 3.2 inte är tillämplig inom ramen för artikel 4. Inte heller systematiken möjliggör emellertid att besvara frågan uttömmande.

c) Syftet med artiklarna 3 och 4

54. Det skall slutligen granskas huruvida bestämmelsernas syfte medför att tillämpningen av artikel 3 är utesluten vid en tillämpning av artikel 4.

55. Genom artikel 3.1 har friheten att tillhandahålla tjänster inom flygtrafiken införts i vid bemärkelse. Artikel 3.2 skjuter upp tillämpningen av denna princip när det gäller cabotage. Principen gäller inte fullt ut redan i och med förordningens ikraftträdande den 1 januari 1993 (jfr artikel 16), utan medlemsstaterna kan begränsa denna frihet till och med den 1 april 1997, om än endast på de villkor som anges i artikel 3.2. En eventuell konkurrens på marknaden begränsas således såvitt denna rättighet enligt artikel 3.2 tas i anspråk.

56. En helt annan situation regleras i artikel 4.1 a. Denna bestämmelse ger medlemsstaterna befogenhet att ställa upp de minimivillkor som ett flygföretag måste uppfylla för att få ansöka om flygrättigheter. Inom ramen för den konkurrens som har uppstått i och med artikel 3.1 krävs av de lufttrafikföretag som ansöker om tillstånd att tillhandahålla flygtjänster på vissa linjer att deras anbud uppfyller vissa villkor vad avser turtäthet, flygtider, kapacitet, prissättning m.m. Med en sådan reglering kommer det på vissa sträckor att erbjudas en viss mängd flygtjänster som marknaden inte eller i varje fall inte i tillräcklig utsträckning erbjuder. På grund av de skilda syften som artiklarna 3 och 4.1 a har skulle man i princip kunna säga att de båda bestämmelserna är parallella, och att en tillämpning av den ena bestämmelsen således varken utesluter eller förutsätter en tillämpning av den andra bestämmelsen.

Såtillvida synes det inte finnas något fog för uppfattningen att den tidsbegränsade befogenhet att begränsa friheten att tillhandahålla tjänster som återfinns i artikel 3.2 inte skulle gälla även inom ramen för tillämpningen av artikel 4.1 a. Frågan är i vilken utsträckning denna bedömning också kan gälla avseende artikel 4.1 d, det vill säga för det fall att kompensation utges för uppfyllandet av den allmänna trafikplikten.

57. Såsom framgår av detta mål finns det situationer i vilka konkurrensen begränsas av en tillämpning av artikel 3.2 inom ramen för artikel 4.1 d. Flightline har ansökt om att utan ersättning få driva linjetrafik på åtta av de nio linjer som omfattas av anbudsförfarandet enligt artikel 4.1 d. Om artikel 3.2 vore tillämplig inom ramen för artikel 4.1 skulle ett oberoende företag som inte, liksom Flightline, uppfyllde villkoren enligt artikel 3.2 ersättas av ett framtida monopol. Detta resultat står i strid med förordningens syfte att leda till en liberalisering av lufttrafiken och att skapa konkurrens.

58. De meddelanden som i detta fall har offentliggjorts i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* visar hur intressant möjligheten till konkurrensbegränsning är även för den medlemsstat som genomför anbudsförfarandet. Meddelandet om den allmänna trafikplikten i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* i enlighet med artikel 4.1 a hänvisar inte på något sätt till artikel 3.2. Detta synes innebära att den portugisiska regeringen inte var tvungen att tillämpa den bestämmelsen i de fall när flygtillstånd gavs med tillämpning av artikel 4.1 a. Endast inom ramen för anbudsförfarandet i enlighet med artikel 4.1 d tillämpades möjligheten att begränsa cabotagerättigheterna i enlighet med artikel 3.2 i syfte att säkerställa att tillräckligt många anbud lämnas. Detta förhållande visar tydligt i vilken ringa omfattning det överensstämmer med huvudtanken i förordning nr 2408/92 att, vad beträffar flyglinjer som är förenade med allmän trafikplikt genom tillämpning av artikel 3.2 begränsa deltagandet i det anbudsförfarande avseende lufttrafikrättigheter som inletts i enlighet med artikel 4.1 d och h.

59. Det går tvärtemot grundtanken med förordning nr 2408/92, såsom den kommer till uttryck i artikel 3.1, att bevilja exklusiva rättigheter. Istället för den eftersträvade liberaliseringen kommer en, om än övergående, ny monopolisering till stånd.

60. Det skall emellertid beaktas att artikel 3.2 endast är en övergångsbestämmelse. Den ger uttryck för lagstiftarens

medvetna beslut att göra undantag från principen om frihet att tillhandahålla lufttrafiktjänster. Såsom framgår av tionde övervägandet till förordningen, skulle cabotagerättigheterna införas stegvis för att främja utvecklingen inom EG-lufttrafiken och för att ge kunderna bättre service.

61. Genom artikel 3.2 i förordningen skapas balans mellan liberaliseringen av lufttrafiken och den särskilda situation som råder för de nationella flygbolagen när det gäller cabotagerättigheter. Det särskilda behovet av en sådan balans beror på att beviljandet av cabotagerättigheter innebär en i högsta grad öppen marknad. Denna marknad har hittills varit en angelägenhet för de enskilda staterna och deras nationella flygbolag. Detta framgår av artikel 7 i överenskommelsen om internationell civil lufttrafik, vilken undertecknades i Chicago den 7 december 1944 och som har ratificerats av samtliga EG-medlemsstater. Denna bestämmelse ger uttryckligen varje fördragsstat rätt att neka flygplan från andra fördragsstater tillstånd att inom sitt territorium mot betalning utföra person-, post- och fraktbefordran med destination inom samma territorium.

62. Man kan utgå ifrån att lagstiftaren när det gäller cabotage medvetet har gett medlemsstaterna möjlighet att fördröja liberaliseringen från den 1 januari 1993 till som längst den 1 april 1997. Det skall inte utan skäl bortses ifrån en sådan vilja som lagstiftaren har gett uttryck för. Tvärtom borde man försöka att i så stor utsträckning som möjligt ta hänsyn till detta undantag inom ramen för tillämpningen av de andra bestämmelserna i förordningen. Detta gäller i än högre grad som den gemenskapsrättsliga liberaliseringen går längre än vad som är fallet inom folkrätten. Detta argument talar för att man utgår ifrån att artikel 3.2 i princip är tillämplig även inom ramen för anbudsförfaranden enligt artikel 4.1 d.

63. Om artikel 4.1 d tillmäts denna betydelse blir dess användningsområde visserligen begränsat på så sätt att konkurrensen begränsas till de lufttrafikföretag som beviljats tillstånd i den aktuella medlemsstaten och motsvarande företag vilka tillhandahåller anslutningsflyg avseende de flyglinjer som omfattas av anbudsförfarandet. Även en sådan begränsad konkurrens innebär emellertid ett framsteg i förhållande till en marknad som överhuvudtaget inte är liberaliserad.

64. Mot denna bakgrund skall Flightlines uppfattning att artiklarna 3.2 och 4 inte kan tillämpas samtidigt på grund av deras respektive tillämpningsområde tillbakavisas. Visserligen är det riktigt att tillämpningsområdet för artikel 3.2 förutsätter att

det finns flera anbudsgivare eftersom bestämmelsen begränsar den befintliga konkurrensen. Man kan däremot inte därav dra slutsatsen att användningsområdet för artikel 4 endast rör fall där det inte förekommer några anbud avseende den ifrågavarande flygtjänsten. Införandet av allmän trafikplikt skulle också kunna uppkomma ur det förhållandet att marknaden inte i tillräcklig utsträckning erbjuder lämpliga flygtjänster. Detta innebär emellertid inte att det inte finns någon konkurrens. Dessutom är det just konkurrens som införs genom artikel 4.1 d inom ramen för regelbundet — med intervaller om längst tre år — återkommande anbudsförfaranden, även om den begränsning som stadgas i artikel 3.2 i förordningen är tillämplig. Just skyldigheten att genomföra regelbundet återkommande anbudsförfaranden säkerställer konkurrensen och begränsar i förekommande fall den ersättning som eventuellt utbetalas enligt punkten h till det minsta underskott som kan uppkomma på marknaden. Det finns inte något rättsligt stöd för att bortse ifrån lagstiftarens medvetna beslut om en stegvis liberalisering innefattande möjligheten till fördröjt införande av cabotage inom ramen för artikel 4.1. Följaktligen kan man utgå ifrån att tillämpningen av artikel 4.1 inte nödvändigtvis leder till ett avstående från den rättighet som stadgas i artikel 3.2.

65. Som särskilt har angetts även i elfte punkten i det i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* offentliggjorda meddelandet om anbudsförfarandet, skall den fria konkurrensen ha företräde framför ett företag med monopolställning, i förekommande fall ett subventionerat sådant, även inom ramen för tillämpningen av punkten d. Ett kontrakt skulle således endast tilldelas om inte något lufttrafikföretag före den 1 november 1995 hade ansökt om tillstånd för någon eller några av de linjer som omfattades av anbudsförfarandet. Endast resterande linjer, för vilka inte någon fristående konkurrent hade visat intresse, kunde tilldelas enligt punkten d.

66. Utifrån bestämmelsernas syfte är en tillämpning av artikel 3.2 inte utesluten inom ramen för artikel 4. Man måste därför följa lagstiftarens medvetna beslut om en stegvis liberalisering av lufttrafiken och om en liberalisering av cabotage först från och med den 1 april 1997 och tillåta tillämpningen av artikel 3.2 inom ramen för artikel 4.

67. Avslutningsvis skall även anmärkas att denna lösning inte heller strider mot diskrimineringsförbudet i artikel 12 EG. De i artikel 51 EG och följande artiklar angivna bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster är specialbestämmelser som har företräde framför det allmänna diskrimineringsförbudet. Enligt artikel 80.2 EG gäller dessa för lufttrafiken endast såvitt rådet särskilt har beslutat att föreskriva detta. En sådan föreskrift är förordning nr 2408/92. När det i artikel 3.2 i förordningen anges att

diskriminering på grund av nationalitet skall vara tillåten fram till den 1 april 1997, i detta fall registrering av lufttrafikföretag i en annan medlemsstat, så är denna diskriminering förenlig med fördraget. Vid den muntliga förhandlingen har företrädaren för Flightline dessutom uttryckligen frånfallit sin invändning att förordning nr 2408/92, eller i varje fall artikel 3.2 i förordningen, strider mot artikel 12 EG.

68. Jag föreslår därför att den första tolkningsfrågan skall besvaras på följande sätt:

En medlemsstats tillämpning av den i artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 föreskrivna rättigheten förutsätter eller medför inte nödvändigtvis att denna medlemsstat måste avstå från den i artikel 3.2 i samma förordning föreskrivna befogenheten att till den 1 april 1997 begränsa konkurrensen av cabotagetjänster inom sitt territorium.

3) *Den andra frågan*

69. Svaret på den andra frågan följer i huvudsak av svaret på den första. Eftersom anbudsförfarandet enligt artikel 4.1 inte leder till att medlemsstaten måste avstå från möjligheten att begränsa tilldelningen av cabotagerättigheter i enlighet med artikel 3.2, strider det inte heller mot gemenskapsrätten att en medlemsstat inom ramen för anbudsförfarandet kräver att lufttrafikföretagen uppfyller de i artikel 3.2 angivna villkoren. Tvärtom utövar medlemsstaten i ett sådant fall just sina rättigheter enligt artikel 3.2 i förordningen.

70. Såvitt lufttrafikföretag som beviljats tillstånd i en annan medlemsstat måste uppfylla de i artikel 3.2 angivna villkoren, uppkommer emellertid problemet att det enligt det i målet i den nationella domstolen aktuella anbudsförfarandet skulle tilldelas exklusiva rättigheter för tiden 1 januari 1996 till 31 december 1998 (jfr punkt 8 i anbudsförfarandet). Denna löptid överskrider den i artikel 3.2 angivna fristen enligt vilken en begränsning av konkurrensen avseende cabotage endast var tillåten till den 1 april 1997. Därmed uppkommer frågan i vilken utsträckning ett anbudsförfarande som genomfördes år 1995 och rörde flygtjänster under tiden 1 januari 1996 till 31 december 1998 kunde medföra en förlängning av möjligheten till begränsning enligt artikel 3.2 till en tidpunkt efter den 1 april 1997.

71. Bestämmelsen i artikel 3.2 utgör ett undantag från den i artikel 3.1 fastslagna

principen om fritt tillträde till flyglinjer inom gemenskapen. Som undantagsbestämmelse skall den utifrån allmänna tolkningsprinciper tolkas restriktivt.

72. Flightline anser att begränsningen i varje fall inte får fortlöpa längre än som har angetts i förordningen. TAP och den portugisiska regeringen har inte yttrat sig i denna fråga. Kommissionen har endast hänvisat till att exklusiva rättigheter som längst får tilldelas för en period om tre år.

73. Exklusiva rättigheter får enligt artikel 4.1 d som längst tilldelas för en period om tre år. Denna frist överensstämmer med den i artikel 5 angivna fristen om ett treårigt skydd för vid förordningens ikraftträdande befintliga exklusiva koncessioner. Under alla förhållanden utgör treårsfristen en maximigräns enligt såväl artikel 4 som artikel 5. Det finns inte någon skyldighet att tillämpa den fullt ut. Exklusiva rättigheter kan även ges för kortare perioder, till exempel, vid tillämpning av artikel 4.1 d, för tiden 1 januari 1996 till 31 mars 1997. Detta är ett tecken på att den treåriga fristen som anges i artiklarna 4 och 5 under alla förhållanden inte skall användas för att förlänga den frist som har angetts i artikel 3.2.

74. Bestämmelsen i artikel 5 upphörde dessutom att gälla den 1 januari 1996. Det talar mot syftet med denna övergångsbestämmelse att man från denna skulle kunna härleda argument för att det genom ett anbudsförfarande som äger rum vid slutet av år 1995 skulle kunna tilldelas nya exklusiva koncessioner för tiden 1 januari 1996 till 31 december 1998.

75. Vad gäller artikel 4.1 d kan man visserligen slå fast att dess tidsmässiga användningsområde är obegränsat. Av denna bestämmelse framgår det emellertid inte att den kan ge rätt att hindra eller fördröja tillämpningen av förordningens övriga bestämmelser. Principen om liberalisering såsom den har fastslagits i artikel 3.1 ger endast utrymme för en tolkning, nämligen att möjligheten att begränsa konkurrensen avseende cabotage inte gäller längre än till den 1 april 1997, även om den görs inom ramen för ett anbudsförfarande enligt artikel 4.1 d.

76. Jag föreslår därför att den andra tolkningsfrågan besvaras på följande sätt:

Inom ramen för ett av en medlemsstat år 1995 genomfört offentligt anbudsförfarande enligt artikel 4 i förordningen i fråga om rätten att tillhandahålla regelbunden lufttrafik på en flyglinje i enlighet med den allmänna trafikplikt som gäller för denna linje, kunde det endast fram till den 1 april 1997 krävas av lufttrafikföretag

som beviljats tillstånd i en annan medlemsstat att de uppfyllde de villkor som anges i artikel 3.2 i förordningen. För tiden efter detta datum gällde och gäller inte några begränsningar för något lufttrafikföretag.

79. På grund av det i artikel 1 e i stödbeslutet nämnda åtagandet är emellertid i varje fall artikel 4 tillämplig på den autonoma regionen Azorerna redan från den 1 januari 1996. Detta motsvarar precis den tidpunkt från vilken de tjänster som omfattas av Portugals anbudsförfarande skulle tillhandahållas.

4) *Den tredje frågan*

80. Eftersom — vilket följer av svaren på första och andra frågan — tillämpningen av artikel 4 emellertid inte fråntar en medlemsstat dess befogenhet enligt artikel 3.2, måste det undersökas i vilken mån stödbeslutet innebär att medlemsstaten avstår från sin rättighet enligt artikel 3.2 från och med den 1 januari 1996.

77. Med sin tredje fråga önskar den nationella domstolen få svar på huruvida kommissionens stödbeslut 94/698/EEG och särskilt dess artikel 1 e, enligt vilken Portugal åtagit sig att senast från och med den 1 januari 1996 tillämpa artikel 4 med avseende på de autonoma regionerna Azorerna och Madeira, leder till att Portugal inte längre har befogenhet att begränsa konkurrensen avseende cabotage i enlighet med artikel 3.2.

81. Ordalydelsen i artikel 1 e i stödbeslutet innehåller inte någon uttrycklig hänvisning till artikel 3.2 i förordningen. Det skall därför undersökas huruvida det av motiven till stödbeslutet framgår att tillämpningen av denna bestämmelse skulle vara utesluten.

78. Medan förordning nr 2408/92 allt sedan dess ikraftträdande är tillämplig med avseende på den autonoma regionen Madeira, undantas i artikel 1.4 den autonoma regionen Azorerna från förordningens tillämpningsområde till och med den 1 juli 1993 — senare förlängt till den 30 juni 1998.

82. Flightline har hänvisat till Portugals skyldighet att, som motvikt till att bevilja omstruktureringsstöd, generellt undanröja de åtgärder som skyddar TAP från konkurrens. Denna uppfattning vinner stöd i avsnitt VIII.3 i motiven till stödbeslutet.

Där anges att undanröjandet av åtgärder som skyddar TAP från konkurrens enligt kommissionens uppfattning är en tillräcklig åtgärd för att stödet skall vara motiverat.

83. Användningen av möjligheten att begränsa konkurrensen avseende cabotage i den mening som avses i artikel 3.2 innebär i enlighet med vad som ovan anförts i princip en konkurrensbegränsande åtgärd. Eftersom TAP var den enda sökande på samtliga nio flyglinjer som omfattas av anbudsförfarandet enligt artikel 4.1 d, innebar tillämpningen av artikel 3.2 en åtgärd som skyddade TAP från konkurrens. Detta eftersom Flightline inte uppfyllde villkoren som anges i artikel 3.2 och därför inte kunde delta i anbudsförfarandet.

84. Av de i avsnitt VIII.3 i stödbeslutet som exempel uppräknade åtgärderna som Portugal skulle vidta särskilt för att undanröja konkurrensbegränsningen, nämns emellertid, liksom i artikel 1 e i stödbeslutet, endast genomförandet av ett anbudsförfarande enligt 4. Däremot går man inte in på artikel 3.2 (se avsnitt VIII.3 andra strecksatsen i stödbeslutet). Inte heller talas om att Portugal skulle ha avstått från den däri stadgade befogenheten att begränsa konkurrensen avseende cabotage.

85. Visserligen hänvisas i motiven till att de linjer som Portugal har för avsikt att förena med allmän trafikplikt vad beträffar de autonoma regionerna Azorerna och Madeira enligt artikel 4.1 a skall offentliggöras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Vidare nämns att tilldelning av rättigheter på grund av anbudsförfarandet skall ske, såvitt "inte något europeiskt lufttrafikföretag förklarar sig villigt att överta denna allmänna trafikplikt". Härav skulle man eventuellt kunna dra slutsatsen att någon begränsning till de företag som uppfyller de villkor som anges i artikel 3.2 inte får ske.

86. Denna uppfattning vinner vidare stöd av en jämförelse mellan stödbeslutet och motsvarande stycke i artikel 4.1 d. Denna bestämmelse talar endast allmänt om lufttrafikföretag. Betoningen på "europeiska" företag skulle därmed kunna innebära en medveten utvidgning av den möjliga sökandekretsen.

87. Mot en sådan tolkning av stödbeslutet talar emellertid att detta skulle leda till en motsägelse mellan artiklarna 4.1 a och 4.1 d. Vissa anbudsgivare skulle kunna ansöka om flygrättigheter på linjer som är förenade med allmän trafikplikt enligt artikel 4.1 a. De skulle emellertid inte få delta i ett påföljande anbudsförfarande i enlighet med punkten d, såvitt de inte uppfyller de villkor som anges i artikel 3.2. I stödbeslutet — som i detta avseende har samma ordalydelse som artikel 4.1 d i

förordningen — anges nämligen också att, för det fall det inte finns någon anbudsgivare som förklarar sig villig att överta en i enlighet med punkten a offentliggjord allmän trafikplikt, ett erbjudande inom ramen för ett offentligt anbudsförfarande enligt punkten d, att utöva lufttrafik på de berörda linjerna, endast skall riktas till EG-lufttrafikföretag "som är berättigade att utöva sådan lufttrafik". Eftersom man kan utgå från att den identiska ordalydelsen i stödbeslutet och förordningen skall tillmätas identisk betydelse, kan av denna formulering, mot bakgrund av vad som anförts i anslutning till den första frågan, inte dras slutsatsen att artikel 3.2 inte kan tillämpas.

88. Något annat följer inte heller av artikel 1 f i stödbeslutet eller av avsnitt VIII.3 första strecksatsen i motiven. Där anges visserligen att Portugal har godtagit att liberaliseringen av charterflygtrafiken mellan flygplatser inom gemenskapen och Azorerna omfattar "samtliga tjänster" enligt förordningen och att dessa därmed skall vara tillåtna även om Azorerna är undantagna från förordningens tillämpningsområde. Detta stycke rör emellertid inte tillämpningsområdet för artikel 4 i förordningen, som uttryckligen omfattar regelbunden linjeflygtrafik och inte charterflygtrafik. Vidare avser begreppet "samtliga" i detta sammanhang samtliga slags tjänster, vilket följer av uppräkningen av "Seat only-försäljning" och "One-way-charterflygningar". Någon koppling till liberaliseringen av cabotagetjänster finns det därför inte.

89. Sammanfattningsvis kan man följaktligen inte av motiven till stödbeslutet dra slutsatsen att det utgår från att Portugal skall undanröja samtliga konkurrensskyddande åtgärder till förmån för TAP och särskilt att staten avstår från den rättighet som ges i artikel 3.2 i förordning nr 2408/92.

90. Tvärtemot Flightlines uppfattning kan tillämpningen av artikel 3.2 inte heller vara utesluten med motiveringen att skyldigheten att tillämpa artikel 4 i stödbeslutet i så fall skulle spela ut sin roll. Däremot kan anföras att Portugal i avsaknad av stödbeslutet först efter den 30 juni 1998 skulle ha varit tvungen att tillämpa artikel 4 på den autonoma regionen Azorerna. I avsaknad av stödbeslutet var fram till denna tidpunkt varken artikel 3 eller artikel 4 tillämplig på Azorerna. Såtillvida innehåller stödbeslutet ett regelverk som främjar konkurrensen.

91. Vad gäller Azorerna är skyldigheten att genomföra ett anbudsförfarande såtillvida av betydelse att i synnerhet Portugália

skulle kunna konkurrera med TAP, vilket kommissionen har framfört. Därtill kommer, vilket framgår av det svar som har lämnats på den första frågan, de lufttrafikföretag som inte är registrerade i Portugal men som uppfyller de villkor som anges i artikel 3.2.

92. Den här företrädda tolkningen av stödbeslutet står i överensstämmelse med kommissionens hittillsvarande praxis. I sitt yttrande har kommissionen hänvisat till att den inte heller i andra stödbeslut någonsin har krävt av medlemsstaterna att de först skall avstå från sina rättigheter enligt artikel 3.2. Det finns inte någon anledning att dra några andra slutsatser av det nu aktuella stödbeslutet. Kommissionen har inte heller någon gång ifrågasatt lagenligheten i det anbudsförande som har offentliggjorts i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* och som har innefattat en hänvisning till artikel 3.2.

93. Som en del av svaret på den tredje tolkningsfrågan kan slås fast att det inte framgår av artikel 1 d och f i stödbeslutet att Portugal har avstått från sina rättigheter enligt artikel 3.2.

94. Det skall emellertid även inom ramen för den tredje tolkningsfrågan återigen beaktas att den begränsning som tillämpningen av artikel 3.2 medför i förhållande till artikel 4.1 d inte, vilket anges i artikel 3.2, får gälla längre än till den 1 april 1997. Det skulle stå i strid med artikel 3.1 att tillåta tilldelning av exklusiva rättigheter genom att efter detta datum begränsa konkurrensen avseende cabotage. Under förutsättning att anbudsgivarna uppfyller de vilkor som anges i artikel 3.2 i förordningen skulle därmed flyglinjerna till den autonoma regionen Madeira kunna omfattas av ett anbudsförfarande endast till och med den 31 mars 1997, och till den autonoma regionen Azorerna endast till och med den 30 juni 1998. Avseende Madeira trädde förordning nr 2408/92 till fullo i kraft den 1 april 1997 och avseende Azorerna den 1 juli 1998.

95. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att den tredje tolkningsfrågan besvaras på följande sätt:

Artikel 1 e och f i kommissionens beslut 94/698/EG enligt vilken beviljandet av det däri föreskrivna stödet förutsätter att Portugal iakttar sitt åtagande att senast från och med den 1 januari 1996 tillämpa artikel 4 i förordning (EEG) nr 2408/92 på de autonoma regionerna, det vill säga att från denna tidpunkt offentliggöra den allmänna trafikplikt som gäller för dessa sträckor, innebär inte att Portugal inte kan använda sig av den i artikel 3.2 i förordningen angivna befogenheten för medlemsstaterna att neka cabotagetrafik. Under alla förhållanden kan begränsningen av konkurrensen avseende cabotage gällande Madeira endast tillämpas till den 1 april 1997 och gällande Azorerna till den 1 juli 1998.

VII — Förslag till avgörande

96. Jag föreslår därför att tolkningsfrågorna besvaras på följande sätt:

1. En medlemsstats tillämpning av den i artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 föreskrivna rättigheten förutsätter eller medför inte nödvändigtvis att denna medlemsstat måste avstå från den i artikel 3.2 i samma förordning föreskrivna befogenheten att till den 1 april 1997 begränsa konkurrensen av cabotagetjänster inom sitt territorium.

2. Inom ramen för ett av en medlemsstat år 1995 genomfört offentligt anbudsförfarande enligt artikel 4 i förordningen i fråga om rätten att tillhandahålla regelbunden lufttrafik på en flyglinje i enlighet med den allmänna trafikplikt som gäller för denna linje, kunde det endast fram till den 1 april 1997 krävas av lufttrafikföretag som beviljats tillstånd i en annan medlemsstat att de uppfyllde de villkor som anges i artikel 3.2 i förordningen. För tiden efter detta datum gällde och gäller inte några begränsningar för något lufttrafikföretag.

3. Artikel 1 e och f i kommissionens beslut 94/698/EG enligt vilken beviljandet av det däri föreskrivna stödet förutsätter att Portugal iakttar sitt åtagande att senast från och med den 1 januari 1996 tillämpa artikel 4 i förordning (EEG) nr 2408/92 på de autonoma regionerna, det vill säga att från denna tidpunkt

offentliggöra den allmänna trafikplikt som gäller för dessa sträckor, innebär inte att Portugal inte kan använda sig av den i artikel 3.2 i förordningen angivna befogenheten för medlemsstaterna att neka cabotagetrafik. Under alla förhållanden kan begränsningen av konkurrensen avseende cabotage gällande Madeira endast tillämpas till den 1 april 1997 och gällande Azorerna till den 1 juli 1998.