FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ
fremsat den 28. april 1988 *

Høje Domstol.

A — Faktiske omstændigheder

1. Bundesgerichtshof har forelagt en anmodning om en præjudiciel afgørelse, som jeg først kan tage stilling til i dag, fordi Rådets lovgivningsvirksomhed har gjort det nødvendigt at fortsætte de mundtlige forhandlinger; anmodningen drejer sig på ny om spørgsmålet, i hvilket omfang konkurrencebegrænsende aftaler mellem luftfartsselskaber på fællesskabsrettens nuværende trin er beskyttet mod tredjemands tilsidesættelse.

2. De faktiske omstændigheder i hovedsagen, der behandles af tyske retsinstanser, er følgende:

3. Ifølge Bundesgerichtshofs forelæggelseskendelse har firmaerne Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro GmbH, sagsøgte og revisionsappellanter (herefter benævnt »sagsøgte«) i Forbundsrepublikken Tyskland solgt flybilletter til priser, som delvis ligger mere end 60% under de billetpriser, der er godkendt af de tyske myndigheder. De har nemlig uden for Forbundsrepublikken Tyskland til de dér gældende priser erhvervet flybilletter, som ifølge deres indhold gælder for en flyrejse, der påbegyndes i det pågældende land og — efter mellemlanding i en tysk lufthavn — afsluttes i en lufthavn i et tredjeland. Formålet med denne form for billetsalg er at udnytte de forskelle mellem valutakurser og billetpriser, der findes mellem Forbundsrepublikken Tyskland og andre lande, og som skyldes forskelle i udviklingen af billetpriserne i IATA (International Air Transport Association) og de officielle valutakurser.

4. En sådan fremgangsmåde anses i Forbundsrepublikken Tyskland for at være i strid med §21 i Luftverkehrsgesetz (lov om luftfart), således som den er blevet fortolket i forbundstrafikministerens bekendgørelser hhv. af 15. april 1981 til Deutsche Lufthansa og af 9. februar 1982 til alle udenlandske luftfartsselskaber. I henhold hertil er samtlige de af forbundstrafikministeren i medfør af §21 i Luftverkehrsgesetz godkendte vederlag for befordring, der påbegyndes i Forbundsrepublikken Tyskland, godkendt og bindende i tyske mark og skal anvendes ved al befordring, hvor det faktiske første afrejsested befinder sig i Forbundsrepublikken Tyskland. Sagsøgtes advokat har under den mundtlige forhandling hertil bemærket, at »udenlandske luftfartsselskabers tilladelser

* Originalsprog: tysk.

til mellemlanding [er] i praksis... bundet til Lufthansas priser«.

5. Sagsøgtes forretningsmæssige fremgangsmåde, som jeg netop har beskrevet, er ikke under denne sag blevet påtalt — hverken af forbundstrafikministeriet, Lufthansa eller af de luftfartsselskaber, hvis flybilletter er blevet solgt til en lavere pris (end den tyske) — men af sagsøgeren, en forening, der har givet sig selv den opgave at modarbejde og retligt forfølge overtrædelser af den tyske Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lov om illoyal konkurrence). Tyske retter i første og anden instans har efter foreningens påstand forbudt sagsøgte fremtidigt at tilbyde eller sælge billetter til internationale rutefly til en pris, der ligger under den af forbundstrafikministeren godkendte pris, når det faktiske afrejsested er Forbundsrepublikken Tyskland, selv om det pro forma fremgår af billetten, at en lufthavn uden for Forbundsrepublikken er afrejselufthavn.

6. Det fremgår af forelæggelseskendelsen af 30. januar 1986, at hovedsagens genstand såvel er salg af flybilletter, der til en lavere pris end den godkendte udstedes i Forbundsrepublikken Tyskland til flyvninger fra en tysk lufthavn, som salg af billetter, der udstedes i udlandet til flyvninger fra en lufthavn i et andet land til et tredjeland med mellemlanding i Forbundsrepublikken Tyskland.

7. Ifølge Bundesgerichtshofs udtalelser i forelæggelseskendelsen skal den appellerede afgørelse stadfæstes, såfremt der udelukkende anvendes tysk ret. Bundesgerichtshof er dog i tvivl om, hvorvidt billetprissystemet for ruteflyvninger er i overensstemmelse med fællesskabsretten. De af forbundstrafikministeren godkendte billetpriser beror nemlig på prisaftaler, som de deltagende luftfartsselskaber har indgået, som regel multilateralt inden for rammerne af IATA, eller bilateralt. Derved afskaffes i vidt omfang priskonkurrence mellem selskaberne, hvorfor det er nødvendigt at undersøge, om de indgåede prisaftaler er forenelig med EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, litra a) og b), og om befordring af passagerer med rutefly udelukkende på grundlag af billetpriser, der er aftalt multilateralt eller bilateralt, må anses som misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet (artikel 86). Bundesgerichtshof ønsker også afgjort, om medlemsstaternes myndigheders godkendelse af de aftalte billetpriser for ruteflyvning er forenelig med EØF-Traktatens artikler 5, stk. 2, og 90, stk. 1, og om dette spørgsmål er omfattet af Kommissionens eksklusive kompetence i medfør af EØF-Traktatens artikel 90, stk. 3.

8. På denne baggrund har Bundesgerichtshof forelagt De Europæiske Fælleskabers Domstol følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er bilaterale eller multilaterale aftaler om billetpriser for ruteflyvning (f. eks. IATA-resolutioner), hvori mindst ét luftfartsselskab med hjemsted i en medlemsstat inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab er deltager, ugyldige på grund af overtrædelse af EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, jfr. EØF-Traktatens artikel 85, stk. 2, også når hverken medlemsstatens myndigheder (EØF-Traktatens artikel 88) eller Kommissionen (EØF-Traktatens artikel 89, stk. 2) har fastslået sådanne aftalers uforenelighed med bestemmelserne i EØF-Traktatens artikel 85?

Indebærer det forhold, at der udelukkende anvendes sådanne billetpriser for ruteflyvning, misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet i EØF-Traktatens forstand?

Er det forhold, at sådanne billetpriser godkendes af tilsynsmyndigheden i en medlemsstat, uforeneligt med og ugyldigt efter EØF-Traktatens artikel 5, stk. 2, og artikel 90, stk. 1, selv når Kommissionen ikke har påtalt godkendelsen (EØF-Traktatens artikel 90, stk. 3)?«

9. Sagsøgte i hovedsagen og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har afgivet indlæg om disse spørgsmål, såvel skriftligt som under den mundtlige forhandling den 6. maj 1987.

10. Efter at Rådet den 14. december 1987 vedtog en række retsakter om international luftfart *internt i* Fællesskabet, har parterne på ny ytret sig skriftligt og mundtligt.

11. Under min gennemgang af sagen kommer jeg ind på disse indlæg samt på indholdet i de dokumenter, som Kommisssionen for De Europæiske Fællesskaber har afgivet til Domstolen efter afholdelse af den første del af den mundtlige forhandling. I øvrigt skal jeg henvise til retsmøderapporten.

B — Gennemgang

12. Som jeg allerede har nævnt, vedtog Rådet i slutningen af 1987 en række retsakter om international luftfart internt i Fællesskabet[1]. For at kunne besvare de spørgsmål, som Bundesgerichtshof har forelagt til præjudiciel afgørelse, finder jeg det formålstjenligt ved gennemgangen af retsgrundlaget at sondre mellem ruteflyvning internt i Fællesskabet og ruteflyvning til og fra tredjelande.

1. *Første spørgsmål*

13. Med det første spørgsmål ønsker Bundesgerichtshof i alt væsentligt oplyst, om EØF-Traktatens artikel 85 er umiddelbar anvendelig, når hverken en medlemsstats myndigheder i medfør af EØF-Traktatens artikel 88 eller Kommissionen i medfør af

1 — Rådets forordning (EØF) nr. 3975/87 af 14. december 1987 om fastsættelse af fremgangsmåden ved anvendelse af konkurrencereglerne på virksomheder i luftfartssektoren; Rådets forordning (EØF) nr. 3976/87 af 14. december 1987 om anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler og samordnet praksis inden for luftfartssektoren; Rådets direktiv 87/601/EØF af 14. december 1987 om billetpriser for ruteflyvning mellem medlemsstaterne; Rådets beslutning af 14. december 1987 om deling af passagerkapaciteten mellem luftfartsselskaber ved ruteflyvning mellem medlemsstaterne samt om luftfartsselskabers adgang til at deltage i ruteflyvning mellem medlemsstaterne (87/602/EØF); EFT L 374, s. 1 ff.

EØF-Traktatens artikel 89, stk. 2, har grebet ind.

a) Luftfart internt i Fællesskabet

14. Domstolen har allerede i dom af 6. april 1962 i sag 13/61 [2] fastslået, at EØF-Traktatens artikel 85 principielt er anvendelig fra Traktatens ikrafttræden. I dom af 30. januar 1974 i sag 127/73 [3] har Domstolen klart fastslået, at nationale domsmyndigheders kompetence til at anvende fællesskabsretlige bestemmelser følger af disse bestemmelsers direkte virkning. Da forbuddene i EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 ifølge selve deres natur er egnede til at skabe umiddelbare virkninger i forholdet mellem private, giver de nævnte artikler umiddelbart de retsundergivne rettigheder, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte.

15. Der er efter vedtagelsen af retsakterne den 14. december 1987 ikke længere grundlag for de betænkeligheder, som i den nævnte dom af 6. april 1962 i sag 13/61 og senere i dom af 30. april 1986 i de forenede sager 209-213/84 [4] har foranlediget Domstolen til at begrænse de praktiske virkninger af dens udtalelse om, at EØF-Traktatens artikel 85 er umiddelbar anvendelig. Anvendelsen af EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3, er nemlig derefter reguleret af artikel 5 i forordning nr. 3975/87; derudover er Kommissionen i medfør af artikel 2 i forordning nr. 3976/87 bemyndiget til at undtage visse kategorier af aftaler og samordnet praksis inden for luftfarten fra forbuddet i EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1. EØF-Traktatens artikel 85 er således i sin helhed med virkning fra den 1. januar 1988 anvendelig på *international* luftfart internt i Fællesskabet. Dette betyder, at de i EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, nævnte aftaler og vedtagelser ingen retsvirkninger har, jfr. artikel 85, stk. 2, medmindre de er blevet fritaget i henhold til forordningerne nr. 3975/87 og 3976/87.

16. Det forhold, at forordning nr. 3975/87 ikke indeholder overgangsbestemmelser for eksisterende aftaler, hvilket var tilfældet i artikel 5 i forordning nr. 17, ændrer intet heri. Da Domstolen allerede i sin dom af 4. april 1974 i sag 167/73 [5] har fastslået, at luftfart, sålænge Rådet ikke har truffet anden bestemmelse, ikke er omfattet af reglerne om den fælles transportpolitik men Traktatens almindelige bestemmelser, har det længe stået fast, at Traktatens konkurrencebestemmelser også er gældende for luftfart. Fællesskabets luftfartsselskaber kan ikke være ubekendt hermed, da Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har iværksat undersøgelser i henhold til EØF-Traktatens artikel 89 med henblik på at vurdere, om disse selskabers fremgangsmåde er forenelig med EØF-Traktaten. Lovgivningsproceduren med henblik på vedtagelsen af de i EØF-Traktatens artikel 87 forudsatte

2 — Domstolens dom af 6. april 1962 i sag 13/61, Kledingverkoopbedrijf de Geus en uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH m.fl., Sml. 1954-1964, s. 293.

3 — Domstolens dom af 30. januar 1974 i sag 127/73, BRT/Sabam, Sml. s. 51.

4 — Domstolens dom af 30. april 1986 i de forenede sager 209-213/84, Anklagemyndigheden/Lukas Asjes m.fl., Sml. s. 1457.

5 — Domstolens dom af 4. april 1974 i sag 167/73, Kommissionen/Den Franske Republik, Sml. s. 359.

gennemførelsesbestemmelser blev for luftfartsområdet allerede indledt i 1981[6], således at de pågældende virksomheder har måttet forvente en regulering af området.

17. Den direkte virkning af EØF-Traktatens artikel 85 berøres ikke af Rådets forordning nr. 3976/87 vedrørende gruppefritagelser. Kommissionen kan dog i medfør af artikel 2, stk. 2, fritage visse kategorier aftaler, vedtagelser og samordnet praksis fra forbuddet i artikel 85, stk. 3; denne beføjelse omfatter ligeledes konsultationer på takstområdet[7]. Under den mundtlige forhandling har Kommissionen da også udtalt, at den agter at fritage dette område.

Selv om en fritagelse af denne karakter i medfør af forordningens artikel 4 har tilbagevirkende gyldighed, kan jeg for nærværende ikke udtale mig om dens indhold, eller om den overhovedet bliver udstedt. Kommissionen er ikke forpligtet til at udstede fritagelsen. Bliver den udstedt, må den overholdes.

18. Det er unødvendigt her at komme ind på spørgsmålet om, hvilken virkning en ansøgning om fritagelse, indgivet i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3, vil have i forhold til forbuddet i stk. 1, i perioden, hvor ansøgningen er indgivet, men der ikke er truffet nogen beslutning, da der ifølge Kommissionens oplysninger ikke var indgivet sådanne ansøgninger forud for den mundtlige forhandling den 17. marts 1988.

19. Jeg kan derfor fastslå, at forbuddet i artikel 85, stk. 1, er gældende for det af forordning nr. 3975/87 omfattede område, dvs. international luftfart mellem lufthavne i Fællesskabet.

b) Ruteflyvning til og fra tredjelande

20. Dette forbud er i øvrigt ikke begrænset til internationale flyvninger *internt* i Fællesskabet; det er ligeledes gældende for aftalte billetpriser for de *internationale afsnit i Fællesskabet af ruteflyvninger til eller fra tredjelande*, når sådanne enkelte ruteafsnit er prissat på grund af mellemlandinger i fællesskabslufthavne. Anvendelsen af forbuddet udelukkes ikke på grund af forordning nr. 3975/87, fordi forordningens tilblivelseshistorie, som Kommissionen overbevisende har forklaret det, viser, at man ikke tilsigtede en udtømmende fastlæggelse af anvendelsesområdet for artiklerne 85 ff. inden for luftfartsområdet.

21. Som jeg har redegjort for i mit forslag til afgørelse af de forenede sager 209-213/84[8], kan Fællesskabets konkurrenceret også anvendes i situationer, der omfat-

6 — Se Kommissionens forslag af 10. november 1981, EFT C 291, s. 4.

7 — Se artikel 2, stk. 2, tredje led, i forordning nr. 3976/87.

8 — Især i afsnit B, punkterne 5 og 6, Sml. 1986, s. 1451 ff.

ter relationer til tredjelande, når de pågældende aftaler eller samordnet praksis har virkninger på Fællesskabets område.

22. En sådan påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne kan nemlig ikke blot skyldes en handlemåde, der påvirker konkurrencen inden for luftfarten internt i Fællesskabet, men også en adfærd, der vedrører luftfarten mellem medlemsstaterne og tredjelande. For eksempel kan aftaler om billetpriser for flyvning mellem en bestemt lufthavn i et tredjeland og lufthavne i Fællesskabet føre til ændringer i trafikmønstret i Fællesskabet[9]. Det er dog medlemsstaternes retsinstanser, der skal undersøge og i givet fald fastslå sådanne følgevirkninger.

23. For så vidt angår ruteflyvning til og fra tredjelande gælder der efter Domstolens dom af 30. april 1986 i de forenede sager 209-213/84 den særegenhed, at EØF-Traktatens artikel 85 ikke kan anvendes, før enten en national myndighed i medfør af EØF-Traktatens artikel 88 eller Kommissionen i henhold til EØF-Traktatens artikel 89, stk. 2, har fastslået, at de pågældende billetpriser er resultatet af enten aftaler, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder eller samordnet praksis, som er i strid med EØF-Traktatens artikel 85.

9 — Som teoretiske eksempler kan nævnes aftaler om billetpriser på ruterne London—New York og Bruxelles—New York eller København—Zurich og København—Basel/Mulhouse (en lufthavn i Fællesskabet).

2. *Andet spørgsmål (misbrug af en dominerende stilling)*

24. Til det *andet spørgsmål*, som Bundesgerichtshof har forelagt, skal jeg først bemærke, at Domstolen ikke under en procedure ifølge EØF-Traktatens artikel 177 er beføjet til at subsumere de af den forelæggende ret beskrevne faktiske kendsgerninger under fællesskabsretten. Domstolen må indskrænke sig til at stille den forelæggende ret sådanne kriterier til rådighed, at den selv kan afgøre den pågældende konkrete sag. I det foreliggende tilfælde vil Domstolen i øvrigt heller ikke være i stand til at træffe en endelig afgørelse, da en stor del af de faktiske forhold i forbindelse med anvendelsen af EF-Traktatens artikel 86 ikke er blevet oplyst.

a) Ruteflyvning internt i Fællesskabet

25. Da forordning nr. 3975/87 ifølge artikel 1 også fastlægger de nærmere retningslinier for anvendelsen af EØF-Traktatens artikel 86 på international luftfart mellem Fællesskabets lufthavne, fører en direkte anvendelse af det ovenfor om artikel 85 anførte til en konstatering af, at EØF-Traktatens artikel 86 skal anvendes af de nationale domsmyndigheder som umiddelbar gældende ret.

26. Til de nærmere enkeltheder i forbindelse med anvendelsen af Traktatens artikel 86 skal jeg bemærke følgende. Det påhviler de tyske retsinstanser at fastslå, om det er rigtigt, at udenlandske luftfartsselskabers driftstilladelser er knyttet til Lufthansas bil-

letpriser, således at alene Lufthansa (under tilsyn af forbundstrafikministeren) bestemmer, hvilke priser der gælder ved flyvning til og fra lufthavne i Forbundsrepublikken Tyskland.

27. Men selv når et udenlandsk luftfartsselskab er medbestemmende, følger det imidlertid allerede af ordlyden i artikel 86, at en dominerende stilling på fællesmarkedet kan indehaves af flere virksomheder i fællig. For eksempel kan medlemmerne af et kartel eller deltagerne i fællesskabsretsstridige aftaler som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 85 sammen indtage en dominerende stilling [10]. Artikel 85's anvendelighed medfører dog ikke, at anvendelse af artikel 86 er udelukket.

28. Det er noget vanskeligere at afgrænse det sagligt relevante marked. Ved bedømmelsen heraf skal man ifølge Domstolens praksis se på konkurrencemulighederne på markedet for alle de produkter, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som kun i ringe omfang er substituerbare med andre produkter. Afgrænsningen af det relevante marked tjener til at afgøre, om de pågældende virksomheder har mulighed for at forhindre en effektiv konkurrence og for at anlægge en betydelig grad af uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og forbrugere [11].

29. På baggrund af disse kriterier finder jeg Kommissionens opfattelse korrekt, nemlig at det relevante marked er markedet for befordringsydelser på ruteflyvningsområdet. Hovedparten af efterspørgslen efter disse tjenesteydelser kommer fra »faste« kunder, især forretningsfolk, embedsmænd og politikere, som ofte har behov for befordring til bestemte destinationer på bestemte tidspunkter af dagen, og for hvem charterflyvninger eller andre befordringsmidler — især over længere afstande — ikke udgør et alternativ. Tilbuddene om befordring med rutefly konkurrerer derfor nærmest ikke med andre befordringstilbud.

30. Det geografisk relevante marked i dette tilfælde fremgår af §21 i Luftverkehrsgesetz, nemlig markedet for de befordringsydelser på ruteflyvningsområdet, som udgår fra en lufthavn i Forbundsrepublikken Tyskland til lufthavne i andre medlemsstater eller tredjelande [12].

31. Dernæst må den nationale retsinstans efterprøve, om disse flyruter tilsammen udgør en væsentlig del af fællesmarkedet. Kommissionen har i denne sammenhæng foreslået at afgøre dette spørgsmål ved at anvende kvantitative kriterier som størrelse, befolkningstal og økonomisk betydning i de stater, der er forbundet med hinanden ved disse flyruter, samt antal ankommende og afrejsende passagerer i forhold til det sam-

10 — Se dom af 16. december 1975 i de forenede sager 40 til 48, 50, 54 til 56, 111, 113 og 114/73 m.fl., Coöperatieve vereniging »Suiker Unie« LA m.fl./Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 1663, især ss. 1993/1994 og 1996/1997.

11 — Se dom af 9. november 1983 i sag 322/81, N.V. Nederlandsche Banden—Industrie Michelin/Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 3461, især s. 3504 ff.

12 — Indenrigsluftfart er ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktivet af 14. december 1987.

lede antal passagerer på rutefly i Fællesskabet.

32. Når allerede mellemstore medlemsstater ifølge Domstolens praksis kan anses som en væsentlig del af fællesmarkedet [13], må ruteflyvning med udgangspunkt i Forbundsrepublikken Tyskland ligeledes anses som udgørende en væsentlig del af Fællesskabets marked for befordring med rutefly.

33. I øvrigt skal det bemærkes, at den beskrevne situation i Forbundsrepublikken ikke er et isoleret tilfælde, idet tilsvarende fremgangsmåder forekommer i andre medlemsstater i Fællesskabet. For Frankrigs vedkommende er det kendt fra de forenede sager 209-213/84; det fremgår af dokumenter, som Kommissionen har fremlagt for Domstolen, at tilsvarende prisaftaler også findes i hvert fald i Belgien, Danmark, Grækenland, Irland, Italien, Nederlandene og Det Forenede Kongerige.

34. Indtil nu har det i almindelighed været sådan, at kun to luftfartsselskaber har fået tildelt trafikrettigheder på de pågældende internationale flyruter, dvs. et selskab fra hver af de involverede stater; derved bliver det muligt for disse selskaber sammen at kontrollere det relevante marked. I forhold til brugerne optræder luftfartsselskaber således i vidt omfang som en enhed, hvorfor det må antages, at de indtager en dominerende stilling.

35. Da de deltagende selskaber til skade for forbrugerne har afskaffet konkurrencen ved hjælp af prisaftalerne, ikke blot på priser og befordringsbetingelser som sådan, men også enhver anden konkurrencemulighed mellem deltagerne på grund af den begrænsede adgang til de enkelte ruter — måske bortset fra en vis konkurrence på serviceydelser — er situationen i sig selv tilstrækkelig til at kunne betegnes som misbrug af en dominerende stilling på markedet. Resultatet kan støttes på Domstolens praksis, idet den i dom af 21. februar 1973 i sag 6/72 [14] har fastslået, at der er tale om misbrug, allerede når en eller flere virksomheder ved fælles adfærd med henblik på at dominere markedet i væsentligt omfang hindrer konkurrence på det relevante marked, uanset under hvilken form og med hvilke midler det opnås.

36. Hvis man lægger dette princip til grund, er det overflødigt at påvise, om der eksisterer en af de af EØF-Traktatens artikel 86 omfattede situationer, især om de i artikel 86, stk. 2, litra a), beskrevne forhold er til stede, nemlig om der forekommer direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser. Såfremt man derudover yderligere sammenligner flybilletpriser internt i Fællesskabet med billetpriserne på Nordatlanten, som ikke fastsættes ved pris-

13 — Se dommene af 27. marts 1974 i sag 127/73, Belgische Radio en Televisie m.fl./S.V./Sabam m.fl./Sml s. 313 og af 9. november 1983 i sag 322/81, jfr. ovenfor.

14 — Se dom af 21. februar 1973 i sag 6/72, Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc./Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 215, især s. 245 ff.

aftaler, vil det fremgå, at en dominerende stilling misbruges.

37. Der er næppe nogen tvivl om, at det nævnte misbrug af en dominerende stilling også kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. I det omfang de aftalte billetpriser bliver anvendt på flyruter mellem to eller flere medlemsstater, sker der en direkte påvirkning af udvekslingen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne, som også er omfattet af Traktatens artikel 86 [15].

b) Ruteflyvning til og fra tredjelande

38. Her opstår spørgsmålet, om de principper, der anvendes på international ruteflyvning mellem lufthavne i Fællesskabet, også kan anvendes på ruteflyvning til og fra tredjelande.

39. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har gjort gældende, at de principper omkring artikel 85, som er fastslået i de forenede sager 209-213, også i forbindelse med artikel 86 bør anvendes på ruteflyvning *til og fra tredjelande* med det resultat, at artikel 86 ikke har nogen umiddelbar retsvirkning, sålænge de nationale myndigheder ikke har handlet i henhold til artikel 88 eller Kommissionen tilsvarende i henhold til artikel 89, stk. 2.

40. På grund af de strukturelle forskelle mellem artikel 85 og artikel 86 finder jeg ikke dette synspunkt overbevisende.

41. På den ene side er artikel 86, som Domstolen har fastslået i dom af 30. april 1974 i sag 155/73 [16], umiddelbar anvendelig. Denne anvendelighed er en umiddelbar følge af gennemførelsen af en handling, som er omfattet af forbuddet, uden at der er behov for en forudgående beslutning. Derudover er der — i modsætning til ordningen i artikel 85, stk. 3 — ikke i Traktaten [17] hjemmel for nogen fritagelse fra forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling, og dette er i øvrigt heller ikke tænkeligt. Man kan ikke få tilladelse til misbrug, i hvert fald ikke i et samfund, der hviler på retsstatsprincippet. Også en rådsforordning, der måtte betegne visse adfærdsformer som forenelige med Traktatens artikel 86, skal vurderes i lyset af bestemmelsens kriterier. Tankegangen bag artikel 85's delvise anvendelighed, som Domstolen udformede i dom af 6. april 1962 i sag 13/61 og tog op igen i dommen af 30. april 1986 i de forenede sager 209-213/84, kan ikke anvendes i forbindelse med artikel 86, der har en anden struktur.

15 — Se Domstolens dom af 14. juli 1981 i sag 172/80, Gerhard Züchner/Bayerische Vereinsbank AG, Sml. s. 2021, især s. 2032.

16 — Se dom af 30. april 1974 i sag 155/73, Guiseppe Sacchi, Sml. s. 409, især s. 431.

17 — Domstolens dom af 21. februar 1973 i sag 6/72, jfr. ovenfor, s. 246 ff.

42. Retssikkerhedshensyn fører heller ikke til et andet resultat. Da der ikke findes nogen mulighed for fritagelser fra forbuddet i artikel 86, er der, bortset fra en regulering af anvendelsen af tvangsforanstaltninger, som der dog ikke er tale om i denne sag, kun behov for regler om udstedelse af negativattester. For så vidt angår luftfart *internt i Fællesskabet* er udstedelsen af negativattester reguleret således i artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 3975/87:

»På begæring af de berørte virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder kan Kommissionen bekræfte, at der, ud fra de oplysninger, den er i besiddelse af, ikke i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 er nogen anledning til for dens vedkommende at skride ind med hensyn til en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.«

43. For så vidt angår luftfart til og fra lande *uden for Fællesskabet* skal Traktatens artikler 89 og 155 anvendes. I medfør heraf kan Kommissionen, såfremt den finder det nødvendigt, afgive en udtalelse om, hvorvidt en bestemt prisstruktur er i strid med artikel 86.

44. I modsætning til en individuel fritagelse, meddelt i medfør af artikel 85, stk. 3, er en negativattest, udstedt i henhold til artikel 3 i forordning nr. 3975/87, eller en udtalelse i forbindelse med anvendelse af Traktatens artikler 155 og 89, bindende for domstolene. En regulering af dette spørgsmål for så vidt angår luftfart til og fra lande uden for Fællesskabet fører næppe heller til et andet resultat. Mangelen på sådanne regler kan derfor ikke forhindre anvendelsen af artikel 86.

45. En ansøgning om en negativattest og Kommissionens meddelelse heraf er dog også tænkelig uden særlige bestemmelser herom, således at en lovgivning på dette område er unødvendig for at artikel 86 kan anvendes fuldt ud.

46. Også en anden del af Traktatens konkurrenceregler er ligeledes blevet anvendt i praksis, uden at de tilsvarende gennemførelsesforordninger er vedtaget. Det drejer sig om reglerne om statsstøtte i artiklerne 92 ff. Selv om Rådet ikke har udstedt de i artikel 94 omhandlede nødvendige forordninger med henblik på anvendelsen af artiklerne 92 og 93, anvendes de to artikler af fællesskabsinstitutionerne, og ikke alene i forholdet mellem Fællesskabets institutioner og medlemsstaterne, men også i relation til de af statsstøtte begunstigede tredjemænd eller endog deres medkontrahenter, som det fremgår f. eks. af dommene af 10. juli 1986 i sagerne 234/84 og 40/85 [18], der netop drejer sig om tilbagesøgning af kapital, som var tilført virksomhederne i strid med fællesskabsretten. Fremgangsmåden er berettiget derved, at man i et fællesskab, hvis virksomhed omfatter »gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes« [19], ikke kan acceptere konkurrencefordrejende statsstøtte, i

18 — Se dom af 10. juli 1986 i sag 234/84, Kongeriget Belgien Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 2263, og dom af 10. juli 1986 i sag 40/85, Kongeriget Belgien/Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 2321.

19 — EØF-Traktaten artikel 3, litra f).

hvert fald ikke 30 år efter markedets oprettelse.

47. De samme overvejelser gælder også for misbrug af en dominerende stilling. Dette misbrug kan ikke tillades. Muligheden for meddelelse af negativattester kan synes fordelagtig for de berørte kredse, men manglende regler herom kan ikke forhindre anvendelsen af en bestemmelse, der hører til grundlaget for det fælles marked.

48. Dommen af 30. april 1986 i de forenede sager 209-213/84 er ikke i strid med denne opfattelse, da den kun — som jeg allerede har forklaret — angår Traktatens artikel 85, der er forskellig herfra. En udvidet anvendelse er derfor udelukket.

49. Jeg er under alle omstændigheder af den opfattelse, at artikel 86 kan anvendes, uanset at der ikke er gjort brug af beføjelserne i henhold til artikel 87 for Fællesskabets vedkommende, artikel 88 for medlemsstaternes vedkommende og artikel 89 for Kommissionens vedkommende.

3. *Tredje spørgsmål*

50. Bundesgerichthofs *tredje* spørgsmål drejer sig ifølge begrundelsen i forelæggelseskendelsen i korthed om, hvorvidt medlemsstaternes myndigheders godkendelse af aftalte billetpriser for ruteflyvning er forenelig med Traktatens artikel 5, stk. 2, sammenholdt med artikel 90, stk. 1, og hvilke retsvirkninger et benægtende svar i givet fald medfører. Den forelæggende ret ønsker yderligere oplyst, om godkendelse af billetpriser for ruteflyvning, der er meddelt i strid med fællesskabsretten, udelukkende er omfattet af Kommissionens kontrolbeføjelser, eller om de nationale domsmyndigheder ligeledes er kompetente hertil, såfremt Kommissionen ikke har gjort indsigelse mod godkendelserne. Med andre ord skal det afgøres, om der for statslige tilladelser er indført en særordning ved Traktatens artikel 90, som afviger fra de almindelige regler i artikel 85 og artikel 86.

51. Til første del af spørgsmålet skal jeg henvise til Domstolens faste praksis, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler [20]. Dette gælder også i forhold til offentlige foretagender — om der i det foreliggende tilfælde er tale om en sådant foretagende, må medlemsstaternes retsinstanser tage stilling til — da Traktatens artikel 90 kun er et konkret udtryk for bestemte generelle principper, der er bindende for medlemsstaterne og derfor er af konstaterende karakter [21].

52. På luftfartsområdet og i det tidsrum, hvor der ikke var udstedt retsakter om gennemførelsesforanstaltninger i henhold til Traktatens artikel 87, har en medlemsstat,

20 — Se ovenfor nævnte dom af 30. april 1986 i de forenede sager 209-213/84, samt dom af 1. oktober 1987 i sag 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/Sociale Dienst van de plaatselijke en gewestelijke Overheidsdiensten, Sml. s. 3801.

21 — Se dom af 16. november 1977 i sag 13/77, GB-Inno-BM/Vereniging van der Kleinhandelaars in Tabak, Sml. s. 2115, især s. 2146.

jfr. dommen af 30. april 1986 i de forenede sager 209-213/84 ikke tilsidesat sine forpligtelser i medfør af Traktatens artikel 3, litra f), artikel 85 og artikel 90, stk. 1, medmindre de pågældende aftalers uforenelighed med artikel 85 er blevet formelt fastslået, enten af en medlemsstats myndigheder i henhold til artikel 88 eller af Kommissionen i henhold til artikel 89. Dette er tilfældet for samtlige godkendelser, udstedt før 1. januar 1988, og for godkendelser af billetpriser for ruteflyvning til og fra tredjelande efter denne dato, da sådanne formelle konstateringer indtil nu ikke foreligger.

53. For så vidt angår godkendelser efter den 1. januar 1988 af billetpriser for international luftfart mellem lufthavne i Fællesskabet, skal Rådets retsakter af 14. december 1987 nu overholdes, især bestemmelserne i direktiv 87/601 om billetpriser for ruteflyvning mellem medlemsstaterne. Billetpriser for ruteflyvning skal i henhold til direktivets artikel 4 forelægges de berørte staters luftfartsmyndigheder. I henhold til artikel 2, litra a), forstås ved billetpriser for ruteflyvning de priser, der i den pågældende nationale valuta skal betales for befordringsydelsen. Da billetpriser for ruteflyvning dermed som regel skal godkendes i to forskellige valutaer, har medlemsstaterne ikke længere mulighed for kun at godkende bindende billetpriser udtrykt i egen valuta.

54. Kommissionen har foreslået, at løsningen i forhold til Traktatens artikel 5, 3, litra f), 40 og 85, udstrækkes til også at gælde for en medlemsstats tilsidesættelse af sine forpligtelser i henhold til artikel 5, sammenholdt med artiklerne 3, litra f), 90, stk. 1, og 86. På grund af det resultat, jeg er kommet frem til ved besvarelsen af anden del af andet spørgsmål, kan jeg ikke være enig i denne udvidelse. I mine øjne tilsidesætter en medlemsstat allerede de nævnte forpligtelser, når en virksomhed har tilvejebragt de faktiske omstændigheder, der kræves i artikel 86, og medlemsstaten alligevel meddeler en godkendelse; en formel konstatering af tilsidesættelsen af artikel 86 er efter min opfattelse unødvendig.

55. Denne konklusion fører mig også til besvarelsen af anden del af Bundesgerichtshofs tredje spørgsmål. Så snart det står fast, at en national bestemmelse er i strid med Traktatens artikel 5, stk. 2, kan denne ikke længere anvendes af de nationale domsmyndigheder. Det samme gælder alle nationale retsakter, som har hjemmel i en sådan national bestemmelse.

56. En anvendelse af Traktatens artikel 90, stk. 3, er efter min opfattelse unødvendig, da de almindelige konkurrenceregler er gældende i medfør af artikel 90, stk. 1, og da artikel 90, stk. 2, ifølge Domstolens faste praksis ikke er umiddelbar anvendelig [22]. Artikel 90, stk. 3, giver kun Kommissionen

22 — Se dom af 14. juli 1971 i sag 10/71, Luxembourgs anklagemyndighed/Madelaine Hein, født Müller, m.fl., Sml. 1971, s. 165, især s. 167, og dom af 10. marts 1983 i sag 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage m.fl./Groupement d'intérêt économique »Inter-Huiles« m.fl., Sml. s. 555, især s. 567.

yderligere beføjelser; bestemmelsen udelukker ikke anvendelse af Traktatens almindelige regler.

4. *Et forbuds tidsmæssige virkning*

57. Sagsøgte i hovedsagen og Kommissionen har anmodet Domstolen om i afgørelsen at fastslå, at et eventuelt forbud vil bortfalde, såfremt fællesskabsretten måtte blive ændret. Mine overvejelser ovenfor viser, at en sådan tankegang er begrundet, da forordning nr. 3975/87 uden tvivl ikke er udtømmende, ligesom det fremgår af artikel 8 i forordning nr. 3976/87, artikel 12 i direktiv 87/601 og artikel 14 i beslutning 87/602, at Rådet *senest den 30. juni 1990* skal træffe afgørelse om revision af disse retsakter. Herudover kan Kommissionen og medlemsstaternes myndigheder handle i henhold til Traktatens artikler 85, 86, 88 og 89 vedrørende befordring til og fra tredjelande og således skabe forudsætningerne for de nationale retters anvendelse af Traktatens artikler 85 og 86. Denne nye fællesskabsret kan ikke stemme overens med den retstilstand, som er grundlaget for forbuddet, og vil derfor have forrang. Det påhviler de tyske retsinstanser at tage denne omstændighed i betragtning.

C — Sammenfatning

På baggrund af det således anførte, skal jeg foreslå, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Bundesgerichtshof har forelagt den, således:

58. » 1) Bilaterale eller multilaterale aftaler om priser for befordring med rutefly, hvori en eller flere luftfartsselskaber med hjemsted i en EØF-medlemsstat er part, er med fællesskabsrettens nugældende indhold ugyldige i medfør af EØF-Traktatens artikel 85, stk. 2, på grund af overtrædelse af EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1:

— såfremt de angår international luftfart mellem lufthavne i Fællesskabet;

— såfremt de angår luftfart til og fra tredjelande, og det i øvrigt i henhold til form og fremgangsmåde i EØF-Traktatens artikler 88 eller 89, stk. 2, er blevet fastslået, at disse priser er resultatet af aftaler, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder eller samordnet praksis, som er i strid med EØF-Traktatens artikel 85.

2) Opkrævningen af sådanne eksklusivpriser for internationale ruteflyvninger mellem lufthavne i Fællesskabet eller for befordring til og fra tredjelande kan samtidig, såfremt de faktiske omstændigheder, der kræves i EØF-Traktatens artikel 86, foreligger, udgøre misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet; sådanne priser er i henhold til EØF-Traktatens artikel 86 forbudt for befordring til og fra tredjelande, også selv om det ikke er konstateret i den form og fremgangsmåde, der kræves i EØF-Traktatens artikler 88 eller 89, stk. 2.

3) I det omfang, hvor godkendelser drejer sig om priser for befordring med rutefly, som er i strid med fællesskabsretten, jfr. besvarelserne af spørgsmål 1 og 2, er godkendelserne at forstå som tilsidesættelser af de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i henhold til EØF-Traktatens artikler 5, stk. 2, sammen med artikel 3, litra f), 85, 86 og 90, uden at Kommissionen nødvendigvis i henhold til EØF-Traktatens artikel 90, stk. 3, skal fastslå, at der foreligger et traktatbrud.«