CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 28 april 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — De feiten

1. Het door het Bundesgerichtshof ingediende verzoek om een prejudiciële beslissing, waarover ik eerst vandaag conclusie neem omdat het na het wetgevend optreden van de Raad geboden leek de mondelinge behandeling voort te zetten, betreft opnieuw de vraag, in hoeverre door luchtvaartmaatschappijen gemaakte concurrentiebeperkende afspraken bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht nog bescherming genieten in het geval derden zich eraan onttrekken.

2. In het hoofdgeding voor de Duitse gerechtelijke instanties ging het om de volgende feiten.

3. Volgens de verwijzingsbeschikking van het Bundesgerichtshof verkopen Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro GmbH, verweersters en eiseressen tot „Revision" (hierna: verweersters), in de Bondsrepubliek Duitsland vliegbiljetten tegen prijzen die meer dan 60% onder de door de Duitse autoriteiten goedgekeurde prijzen liggen. Daartoe kopen zij in een ander land tegen de daar geldende prijs vliegbiljetten die recht geven op een vliegreis vanuit dat land via een Duitse luchthaven naar de luchthaven in een derde land. Aldus maken zij gebruik van de valuta- en tariefverschillen tussen de Bondsrepubliek Duitsland en andere landen als gevolg van het uiteenlopen van de verkoopprijzen van de IATA (International Air Transport Association) en de officiële wisselkoersen.

4. Deze praktijk zou in de Bondsrepubliek Duitsland in strijd zijn met paragraaf 21 Luftverkehrsgesetz, zoals uitgelegd in de besluiten die de bondsminister van Verkeer op 15 april 1981 aan de Deutsche Lufthansa en op 9 februari 1982 aan alle buitenlandse luchtvaartmaatschappijen deed toekomen. Alle door de bondsminister van Verkeer krachtens paragraaf 21 Luftverkehrsgesetz goedgekeurde vervoertarieven voor transporten vanuit de Bondsrepubliek Duitsland, zijn slechts als prijzen in Deutsche Mark goedgekeurd en verbindend. Zij moeten worden toegepast op alle transporten waarvan de werkelijke plaats van vertrek in de Bondsrepubliek Duitsland ligt. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van verweersters dienaangaande verklaard, dat „in de praktijk de exploitatievergunningen die de buitenlandse luchtvaartmaatschappijen... bij de tussenlanding zijn verleend,

* Oorspronkelijke: Duits.

gekoppeld [zijn] aan de prijzen van de Lufthansa".

5. Tegen de beschreven handelspraktijken van verweersters wordt in de onderhavige procedure niet opgekomen door de bondsminister van Verkeer, de Lufthansa of de luchtvaartmaatschappijen waarvan de vliegbiljetten beneden de (Duitse) prijs zijn verkocht, maar door verzoekster, een vereniging die zich ten doel heeft gesteld, inbreuken op het Duitse „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb" aan de kaak te stellen en gerechtelijk te vervolgen. Op haar verzoek hebben Duitse gerechten in eerste aanleg en hoger beroep verweersters voor de toekomst verboden „vliegbiljetten voor grensoverschrijdende lijnvluchten met werkelijke plaats van vertrek in de Bondsrepubliek Duitsland aan te bieden of te verkopen tegen prijzen die beneden de door de bondsminister van Verkeer goedgekeurde tarieven liggen, ook wanneer het vliegbiljet als beginpunt van de reis een buiten de Bondsrepubliek Duitsland gelegen luchthaven vermeldt".

6. Blijkens de verwijzingsbeschikking van 30 januari 1986 betreft het hoofdgeding zowel de verkoop van vliegbiljetten die in de Bondsrepubliek Duitsland worden afgeleverd voor vluchten vanaf een binnenlandse luchthaven tegen prijzen beneden het tarief, als die van vliegbiljetten die in het buitenland zijn uitgeschreven voor vluchten uit een ander land, na tussenlanding in de Bondsrepubliek Duitsland, naar een derde land.

7. Volgens de uiteenzetting van het Bundesgerichtshof in zijn verwijzingsbeschikking zou het beroep tot „Revision" van verweersters moeten worden verworpen indien uitsluitend Duits recht werd toegepast. Het Bundesgerichtshof betwijfelt echter of de tariefregeling voor lijnvluchten verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. De door de bondsminister van Verkeer goedgekeurde tarieven berusten immers op prijsafspraken die de betrokken luchtvaartmaatschappijen in de regel multilateraal in het kader van de IATA dan wel bilateraal hebben gemaakt. Door die afspraken wordt de prijsconcurrentie tussen de luchtvaartmaatschappijen voor passagiersvervoer goeddeels uitgeschakeld. Daarom zou moeten worden onderzocht of de tariefafspraken verenigbaar zijn met artikel 85, lid 1, sub a en b, EEG-Verdrag en of het vervoer van passagiers op lijnvluchten uitsluitend tegen op bilaterale of multilaterale wijze afgesproken tarieven als misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt (artikel 86 EEG-Verdrag) moet worden beschouwd. Daarnaast zou moeten worden nagegaan, of de goedkeuring van overeengekomen tarieven voor lijnvluchten door de autoriteiten van de Lid-Staten verenigbaar is met de artikelen 5, tweede alinea, en 90, lid 1, EEG-Verdrag en of het onderzoek van deze vraag tot de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie ex artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag behoort.

8. Om deze redenen heeft het Bundesgerichtshof het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de volgende vragen voorgelegd met het oog op een prejudiciële beslissing:

„Zijn bilaterale of multilaterale overeenkomsten inzake tarieven voor lijnvluchten (bij voorbeeld besluiten van de IATA), waarbij ten minste één in een Lid-Staat van de Europese Economische Gemeenschap gevestigde luchtvaartonderneming betrokken is, ook dan wegens schending van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, nietig in de zin van artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag, wanneer noch de autoriteiten van die Lid-Staat (artikel 88 EEG-Verdrag) noch de Commissie (artikel 89, lid 2, EEG-Verdrag) heeft vastgesteld dat zij onverenigbaar zijn met de bepalingen van artikel 85 EEG-Verdrag?

Is er sprake van misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt als bedoeld in artikel 86 EEG-Verdrag, wanneer voor lijnvluchten uitsluitend dergelijke tarieven worden toegepast?

Is de goedkeuring van dergelijke tarieven door de daartoe bevoegde autoriteit van een Lid-Staat ook dan onverenigbaar met de artikelen 5, lid 2, en 90, lid 1, EEG-Verdrag en nietig, wanneer de Commissie geen bezwaar tegen die goedkeuring heeft gemaakt (artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag)?"

9. Over deze vragen hebben verweerders in het hoofdgeding en de Commissie van de Europese Gemeenschappen schriftelijke en ter terechtzitting van 6 mei 1987 ook mondelinge opmerkingen gemaakt.

10. Nadat de Raad op 14 december 1987 een reeks handelingen betreffende het internationale luchtvervoer *binnen* de Gemeenschap had vastgesteld, hebben partijen opnieuw schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt.

11. Op deze opmerkingen en op de inhoud van de documenten die de Commissie van de Europese Gemeenschappen na het eerste deel van de mondelinge behandeling bij het Hof heeft ingediend, zal ik hierna ingaan. Voor het overige verwijs ik naar de inhoud van het rapport ter terechtzitting.

B — Discussie

12. Zoals reeds gezegd, heeft de Raad eind 1987 een aantal handelingen betreffende het internationale luchtvervoer binnen de Gemeenschap vastgesteld. [1] Voor het antwoord op de door het Bundesgerichtshof voorgelegde prejudiciële vragen lijkt het dus geraden, de rechtssituatie in het geregelde luchtverkeer binnen de Gemeenschap te onderzoeken los van die in het geregelde luchtverkeer met derde staten.

1. *De eerste vraag*

13. Met zijn eerste vraag wil het Bundesgerichtshof in wezen vernemen of artikel 85 EEG-Verdrag ook dan rechtstreeks toepasselijk is, wanneer noch een autoriteit van een Lid-Staat overeenkomstig artikel 88 EEG-Verdrag noch de Commissie overeen-

1 — Verordening nr. 3975/87 van de Raad van 14 december 1987 tot vaststelling van de wijze van de toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen in de sector luctvervoer; verordening nr. 3976/87 van de Raad van 14 december 1987 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector van het luchtvervoer; richtlijn 87/601/EEG van de Raad van 14 december 1987 betreffende de tarieven voor geregelde luchtdiensten tussen de Lid-Staten; beschikking 87/602/EEG van de Raad van 14 december 1987 betreffende de verdeling van de passagierscapaciteit tussen luchtvaartmaatschappijen in geregelde luchtdiensten tussen Lid-Staten en de toegang van luchtvaartmaatschappijen tot geredelde luchtdiensten tussen Lid-Staten; PB 1987, L 374, blz. 1 e.v.

komstig artikel 89, lid 2, EEG-Verdrag is opgetreden.

a) Het intracommunautaire luchtvervoer

14. Reeds in zijn arrest van 6 april 1962 in zaak 13/61 [2] heeft het Hof in beginsel erkend, dat artikel 85 EEG-Verdrag toepasselijk was vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag. In zijn arrest van 30 januari 1974 in zaak 127/73 [3] stelde het Hof dan uitdrukkelijk vast, dat de bevoegdheid van nationale rechterlijke instanties om de bepalingen van het gemeenschapsrecht toe te passen, uit de rechtstreekse werking daarvan voortvloeit. Daar het verbod van de artikelen 85, lid 1, en 86 naar zijn aard rechtstreeks gevolgen teweeg kan brengen in de rechtsbetrekkingen tussen particulieren, doen die artikelen rechtstreeks rechten voor de justitiabelen ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven.

15. De overwegingen die het Hof in genoemd arrest van 6 april 1962 in zaak 13/61 en later in het arrest van 30 april 1986 in de gevoegde zaken 209-213/84 [4] ertoe brachten, de vaststelling betreffende de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 85 EEG-Verdrag in haar praktische gevolgen te beperken, gaan thans, na de vaststelling van de handelingen van 14 december 1987, niet meer op. Artikel 5 van verordening nr. 3975/87 regelt immers de toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag; bovendien wordt de Commissie door artikel 2 van verordening nr. 3976/87 gemachtigd, bepaalde groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in het luchtvervoer van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vrij te stellen. Artikel 85 EEG-Verdrag is dus sedert 1 januari 1988 op het *grensoverschrijdende* intracommunautaire luchtvervoer in zijn geheel van toepassing. Dit betekent dat de in artikel 85, lid 1, genoemde overeenkomsten en besluiten ingevolge artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag nietig zijn, wanneer zij niet zijn vrijgesteld krachtens de verordeningen nrs. 3975/87 en 3976/87.

16. Het feit dat verordening nr. 3975/87 geen overgangsbepalingen voor oude mededingingsregelingen bevat, zoals dat met artikel 5 van verordening nr. 17 het geval was, doet hieraan geen afbreuk. Daar het Hof reeds in zijn arrest van 4 april 1974 in zaak 167/73 [5] had geoordeeld dat het luchtvervoer, zolang de Raad niet anders heeft besloten, weliswaar onttrokken is aan de regels betreffende het gemeenschappelijk vervoerbeleid, maar onderworpen blijft aan de algemene regels van het Verdrag, stond het sinds lang vast, dat de mededingingsregels van het Verdrag ook op de luchtvaart van toepassing zijn. Deze toepasselijkheid kon ook de communautaire luchtvaartmaatschappijen niet onbekend gebleven zijn, daar de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 89 EEG-Verdrag een onderzoek had ingesteld naar de verenigbaarheid van de gedragingen van deze ondernemingen met het EEG-Verdrag. Bovendien was de wetgevingsprocedure met het oog op de vaststelling van de in arti-

2 — Arrest van 6 april 1962, zaak 13/61, De Geus, Jurispr. 1962, blz. 93.

3 — Arrest van 30 januari 1974, zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 51.

4 — Arrest van 30 april 1986, gevoegde zaken 209-213/84, Asjes, Jurispr. 1986, blz. 1457.

5 — Arrest van 4 april 1974, zaak 167/73, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1974, blz. 359.

kel 87 EEG-Verdrag bedoelde uitvoeringsverordeningen voor de luchtvaartsector reeds in 1981 ingeleid[6], zodat de betrokken ondernemingen op een dergelijke regeling voorbereid moesten zijn.

17. De rechtstreekse werking van artikel 85 EEG-Verdrag wordt ook niet opgeschort door verordening nr. 3976/87 van de Raad betreffende groepsvrijstellingen. Wel kan de Commissie volgens artikel 2, lid 2, bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen vrijstellen van het verbod van artikel 85, lid 3; dit geldt ook voor tariefoverleg.[7] Ter terechtzitting heeft zij uiteengezet, dat zij van plan is dat te doen.

Ondanks de in artikel 4 van de verordening voorgeschreven terugwerkende kracht van een dergelijke vrijstelling, valt thans nog niets te zeggen over de inhoud ervan en over de vraag of zij er wel komt. De Commissie is in ieder geval niet verplicht ze te verlenen. Zou zij echter worden verleend, dan zou er rekening mee moeten worden gehouden.

18. Welke gevolgen een eventueel verzoek om vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag van het verbod van lid 1 zou hebben in de periode waarin het verzoek al wel is ingediend, maar er nog niet over is beslist, kan hier in het midden blijven, daar volgens de Commissie ook op het tijdstip van de terechtzitting op 17 maart 1988 een dergelijk verzoek nog niet was ingediend.

19. Mitsdien moet worden vastgesteld, dat het verbod van artikel 85, lid 1, geldt binnen de werkingssfeer van verordening nr. 3975/87, dus voor het internationale luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap.

b) Geregeld luchtverkeer met derde staten

20. Dit verbod beperkt zich overigens niet tot internationale vluchten *binnen* de Gemeenschap; het is ook van toepassing op overeengekomen tarieven *voor de internationale intracommunautaire deeltrajecten van lijnvluchten van of naar derde staten*, wanneer, wegens de tussenlanding op luchthavens binnen de Gemeenschap, tarieven zijn voorzien voor de intracommunautaire delen van het traject. De toepassing ervan wordt met name niet uitgesloten door verordening nr. 3975/87, daar, zoals de Commissie overtuigend heeft uiteengezet, uit de ontstaansgeschiedenis van deze verordening kan worden opgemaakt, dat het niet om een uitputtende regeling van het toepassingsgebied van de artikelen 85 e. v. EEG-Verdrag in de luchtvaartsector gaat.

21. Zoals ik in mijn conclusie van 24 september 1985 in de gevoegde zaken 209-213/84 heb uiteengezet[8], kan het communautaire mededingingsrecht ook worden

6 — Vgl. het voorstel van de Commissie van 10 november 1981, PB 1981, C 291, blz. 4.

7 — Zie artikel 2, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 3976/87.

8 — Met name in deel B, punten 5 en 6, Jurispr. 1986, blz. 1451 e.v.

toegepast op situaties die betrekkingen met derde landen impliceren, wanneer de betrokken afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen gevolgen kunnen hebben binnen de Gemeenschap.

22. Een dergelijke invloed op de handel tussen Lid-Staten kan immers niet enkel uitgaan van voor de concurrentie relevante gedragingen in het intracommunautaire luchtvervoer, maar ook van gedragingen die betrekking hebben op het luchtvervoer tussen de Lid-Staten en derde landen. Zo kunnen bij voorbeeld tariefafspraken die het vervoer tussen een bepaalde luchthaven in een derde land en een luchthaven binnen de Gemeenschap betreffen, in bepaalde omstandigheden tot verkeersverleggingen binnen de Gemeenschap leiden.[9] Het staat echter aan de rechterlijke instanties van de Lid-Staten dergelijke gevolgen op te sporen en in voorkomend geval vast te stellen.

23. Op het gebied van de geregelde luchtverbindingen met derde staten geldt volgens de rechtspraak van het Hof in het arrest van 30 april 1986 in de gevoegde zaken 209-213/84 de bijzonderheid, dat artikel 85 EEG-Verdrag eerst werking kan verkrijgen wanneer hetzij een nationale autoriteit krachtens artikel 88 EEG-Verdrag, hetzij de Commissie krachtens artikel 89, lid 2, EEG-Verdrag heeft vastgesteld, dat de betrokken tarieven voortvloeien uit overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die in strijd zijn met artikel 85 EEG-Verdrag.

9 — Als theoretische voorbeelden kunnen afspraken over de tarieven op de lijnen Londen-New York en Brussel-New York ofwel Kopenhagen-Zürich en Kopenhagen-Bazel/Mulhouse (een luchthaven in de Gemeenschap) worden genoemd.

2. *De tweede vraag (misbruik van machtspositie)*

24. Aangaande de *tweede vraag* van het Bundesgerichtshof moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat het Hof in de procedure van artikel 177 EEG-Verdrag niet bevoegd is de concrete feiten die de verwijzende rechter heeft beschreven, gemeenschapsrechtelijk te plaatsen. Het Hof moet zich ertoe beperken, de verwijzende rechter de criteria te verschaffen, aan de hand waarvan hij de concrete rechtszaak zelfstandig kan afdoen. Overigens zou het Hof in casu ook geen definitieve beslissing kúnnen geven, daar het niet beschikt over een groot deel van de feitelijke gegevens die meespelen bij de toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag.

a) De intracommunautaire geregelde luchtdiensten

25. Daar verordening nr. 3975/87 volgens haar artikel 1 ook de wijze van toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag op het internationale luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap regelt, leidt een logische toepassing van bovenstaande overwegingen betreffende artikel 85 EEG-Verdrag tot de vaststelling, dat artikel 86 EEG-Verdrag door de nationale rechterlijke instanties moet worden toegepast als hebbende rechtstreekse werking.

26. Met betrekking tot de wijze van toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag dient het volgende te worden opgemerkt: de Duitse gerechten zullen moeten vaststellen of het waar is, dat exploitatievergunningen voor buitenlandse maatschappijen aan de tarieven

van de Lufthansa gekoppeld zijn, zodat de Lufthansa (onder toezicht van de bondsminister van Verkeer) alleen zou bepalen, welke prijzen naar en vanaf de luchthavens in de Bondsrepubliek Duitsland gelden.

27. Doch zelfs wanneer de buitenlandse maatschappij recht van inspraak heeft, valt reeds uit de tekst van artikel 86 EEG-Verdrag op te maken, dat een machtspositie ook door meer dan één onderneming gezamenlijk kan worden ingenomen. Zo kunnen bij voorbeeld de leden van een mededingingsregeling respectievelijk deelnemers aan met het gemeenschapsrecht strijdige overeenkomsten in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag een gezamenlijke machtspositie innemen.[10] In ieder geval sluit de toepasselijkheid van artikel 85 EEG-Verdrag die van artikel 86 EEG-Verdrag niet uit.

28. Iets moeilijker valt te beoordelen, hoe de in materieel opzicht relevante markt moet worden afgebakend. Bij dit onderzoek moeten volgens 's Hofs rechtspraak de concurrentiemogelijkheden worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle produkten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere produkten kunnen worden vervangen. De bepaling van de relevante markt dient ertoe om te beoordelen, of de betrokken onderneming in staat is de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.[11]

10 — Vgl. arrest van 16 december 1975, gevoegde zaken 40 tot en met 48, 50, 54 tot en met 56, 111, 113 en 114/73, Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, 2002, 2004.

11 — Vgl. arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, 3504 e.v.

29. Met het oog op deze criteria lijkt de Commissie het bij het rechte eind te hebben waar zij stelt, dat de markt van vervoersdiensten in het geregelde luchtverkeer moet worden beschouwd als de in materieel opzicht relevante markt. De vraag naar die vervoersdiensten is afkomstig van „regelmatige" passagiers, waaronder met name zakenlieden, ambtenaren en politici, die vaak op bepaalde uren van de dag naar een bepaalde bestemming moeten. Voor hen vormen ongeregelde luchtdiensten (chartervluchten) of andere vervoermiddelen met name op langere trajecten geen alternatief. Het vervoersaanbod in geregelde luchtdiensten concurreert dus nauwelijks met het aanbod van andere vervoermiddelen.

30. De geografisch relevante markt wordt in casu aangegeven door paragraaf 21 Luftverkehrsgesetz: het is de markt van de vervoersdiensten in het geregelde luchtverkeer van een luchthaven in de Bondsrepubliek Duitsland naar andere Lid-Staten of derde staten.[12]

31. Vervolgens zal de nationale rechterlijke instantie moeten onderzoeken of deze luchtlijnen samen een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen. De Commissie heeft voorgesteld deze vraag te beantwoorden aan de hand van kwantitatieve criteria zoals de grootte, het aantal vervoerde passagiers en het economische belang van de staten die door de luchtlijnen met elkaar worden verbonden, alsook het aantal aankomende en vertrekkende passa-

12 — Het nationale luchtvervoer valt niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn van 14 december 1987.

giers in verhouding tot het totale aantal passagiers van de Gemeenschap in geregelde luchtdiensten.

32. Wanneer volgens 's Hofs rechtspraak de middelgrote staten van de Gemeenschap reeds als een wezenlijk deel hiervan kunnen worden beschouwd [13], dan zouden de geregelde luchtdiensten die in de Bondsrepubliek Duitsland hun vertrekpunt hebben, eveneens als een wezenlijk deel van de communautaire markt voor geregelde luchtdiensten mogen worden beschouwd.

33. Overigens zij erop gewezen, dat de beschreven situatie in de Bondsrepubliek Duitsland geen alleenstaand geval is, maar dat in andere Lid-Staten van de Gemeenschap vergelijkbare praktijken kunnen worden vastgesteld. Van Frankrijk weten wij het uit de gevoegde zaken 209-213/84, en uit de door de Commissie neergelegde stukken blijkt, dat ten minste ook in België, Denemarken, Griekenland, Ierland, Italië, Nederland en het Verenigd Koninkrijk dergelijke tariefafspraken worden toegepast.

34. Tot nog toe werden voor grensoverschrijdende luchtlijnen in de regel telkens slechts aan twee luchtvaartmaatschappijen, dus een uit elk der betrokken staten, verkeersrechten verleend; daardoor kunnen deze ondernemingen collectief de relevante markt beheersen. Daar de luchtvaartmaatschappijen dus tegenover de gebruiker als een eenheid optreden, zou men kunnen aannemen dat zij over een machtspositie beschikken.

35. Daar de betrokken ondernemingen door hun tariefafspraken niet enkel de prijs- en voorwaardenconcurrentie als zodanig, maar, gezien de beperking van de toegang tot de verschillende luchtroutes, de tussen de deelnemers nog mogelijke concurrentie ten nadele van de consumenten goeddeels uitschakelen — met uitzondering wellicht van een zekere concurrentie bij de dienstverlening —, kan reeds in deze omstandigheid misbruik van machtspositie worden gezien. Dit wordt gestaafd door de rechtspraak van het Hof, dat in zijn arrest van 21 februari 1973 in zaak 6/72 [14] reeds een wezenlijke belemmering van de mededinging op de relevante markt door een of meer ondernemingen met een machtspositie, als misbruik heeft aangemerkt, ongeacht de vorm of de aangewende middelen.

36. Zou men uitgaan van dit beginsel, dan zou het overbodig zijn het bestaan te bewijzen van een der in artikel 86 EEG-Verdrag voorziene gevallen en met name van de feiten bedoeld in artikel 86, tweede alinea, sub a, EEG-Verdrag, namelijk het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden. Zou men echter bovendien de intracommunautaire luchtvaarttarieven vergelijken met de luchtvaarttarieven op de Noordatlantische route die niet op tariefafspraken berusten, dan zou ook uit deze prijsvergelijking het be-

13 — Vgl. de arresten van 27 maart 1974, zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 313, en 9 november 1983, zaak 322/81, reeds aangehaald.

14 — Vgl. arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Europemballage en Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215, 245 e.v.

staan van een misbruik van machtspositie kunnen blijken.

37. Dat het vast te stellen misbruik van machtspositie ook de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, valt nauwelijks te betwijfelen. Voor zover de onderling afgestemde tarieven worden toegepast op luchtlijnen die twee of meer Lid-Staten met elkaar verbinden, wordt het intracommunautaire dienstenverkeer, dat mede onder artikel 86 EEG-Verdrag valt [15], rechtstreeks geraakt.

b) Geregelde luchtdiensten van en naar derde staten

38. Thans rijst de vraag, of voor de geregelde luchtdiensten van en naar derde staten dezelfde beginselen kunnen gelden als voor de internationale geregelde luchtdiensten tussen luchthavens in de Gemeenschap.

39. De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft dienaangaande de opvatting gehuldigd, dat op de geregelde luchtdiensten *met derde staten* de in de gevoegde zaken 209-213/84 met betrekking tot artikel 85 EEG-Verdrag ontwikkelde beginselen ook in het kader van artikel 86 EEG-Verdrag moeten worden toegepast, zodat artikel 86 EEG-Verdrag geen rechtstreekse werking kan hebben, zolang niet is opgetreden door de nationale autoriteiten krachtens artikel 88 of door de Commissie krachtens artikel 89, lid 2, EEG-Verdrag.

40. Gezien de structurele verschillen tussen artikel 85 en artikel 86 EEG-Verdrag, kan deze opvatting mij niet overtuigen.

41. In de eerste plaats moet worden opgemerkt, dat artikel 86 EEG-Verdrag, zoals het Hof in zijn arrest van 30 april 1974 in zaak 155/73 [16] heeft vastgesteld, rechtstreeks toepasselijk is. Deze toepassing volgt rechtstreeks uit de omstandigheid dat de verboden feiten zich voordoen, zonder dat daarvoor een voorafgaande beschikking nodig is. Bovendien is een vrijstelling van het verbod van misbruik van machtspositie, in tegenstelling tot de regeling van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, niet voorzien [17] en ook niet denkbaar: misbruik kan niet worden toegestaan, althans niet in een gemeenschap die de suprematie van het recht als hoogste beginsel erkent. Ook een verordening van de Raad die bepaalde gedragingen als verenigbaar met artikel 86 EEG-Verdrag zou aanmerken, zou de toets van dit artikel moeten doorstaan. De gedachtengang betreffende de slechts gedeeltelijke toepasselijkheid van artikel 85 EEG-Verdrag, die het Hof in zijn arrest van 6 april 1962 in zaak 13/61 heeft ontwikkeld en in zijn arrest van 30 april 1986 in de gevoegde zaken 209-213/84 weer heeft opgenomen, kan dus op het anders gestructureerde artikel 86 EEG-Verdrag niet worden toegepast.

15 — Vgl. arrest van 14 juli 1981, zaak 172/80, Züchner, Jurispr. 1981, blz. 2021, 2032.

16 — Vgl. arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409, 431.

17 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, reeds aangehaald, blz. 245 e.v.

42. Ook de inachtneming van het rechtszekerheidsbeginsel leidt niet tot een ander resultaat. Daar vrijstelling van het verbod van artikel 86 EEG-Verdrag niet mogelijk is, behoeft, afgezien van een regeling over de toepassing van dwangmaatregelen, waar het in casu echter niet om gaat, slechts de procedure voor de afgifte van een negatieve verklaring te worden geregeld. Voor het *intracommunautaire* luchtvervoer is de afgifte van de negatieve verklaring in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 3975/87 geregeld als volgt:

„Op verzoek van de betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen kan de Commissie een verklaring afgeven dat, op grond van de gegevens die haar bekend zijn, er voor haar geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging, krachtens artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag op te treden."

43. Voor het *extracommunautaire* luchtvervoer gelden de artikelen 89 en 115 EEG-Verdrag. Volgens deze artikelen kan de Commissie advies uitbrengen over de vraag of een bepaalde tariefstructuur in strijd is met artikel 86.

44. In tegenstelling tot de vrijstellingsverklaring krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, kan noch de verklaring krachtens artikel 3 van verordening nr. 3975/87 noch het advies overeenkomstig de artikelen 155 en 89 EEG-Verdrag bindend zijn voor de rechter. Ook een regeling ter zake voor het extracommunautaire luchtvervoer zou nauwelijks tot een ander resultaat kunnen leiden. Bijgevolg kan het ontbreken ervan de toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag niet beletten.

45. Een verzoek om afgifte van een negatieve verklaring en de afgifte van zo'n verklaring door de Commissie zijn echter ook zonder bijzondere bepalingen denkbaar, zodat op dit gebied geen positiefrechtelijke regeling vereist is om artikel 86 EEG-Verdrag ten volle toe te passen.

46. Ook een ander onderdeel van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag wordt in de bestaande praktijk voortdurend toegepast zonder dat de overeenkomstige uitvoeringsverordeningen zijn vastgesteld: de regeling betreffende steunmaatregelen van de staten in de artikelen 92 en volgende EEG-Verdrag. Ofschoon de Raad de in artikel 94 EEG-Verdrag bedoelde verordeningen voor de toepassing van de artikelen 92 en 93 EEG-Verdrag niet heeft vastgesteld, worden die artikelen door de gemeenschapsinstellingen toegepast, en dit niet enkel in de betrekkingen tussen gemeenschapsinstellingen en Lid-Staten, maar ook in de betrekkingen met derden die de steun ontvangen, of zelfs hun handelspartners, zoals bij voorbeeld uit de arresten van 10 juli 1986 in de zaken 234/84 en 40/85 [18] juist met betrekking tot de terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht genomen deelnemingen in ondernemingen valt op te maken. Dit optreden vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat in een Gemeenschap wier activiteit omvat „de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst" [19], in ieder geval 30 jaar na de op-

18 — Vgl. arrest van 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2263; arrest van 10 juli 1986, zaak 40/85, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2321.

19 — Artikel 3, sub f, EEG-Verdrag.

richting ervan geen concurrentievervalsende steunmaatregelen van de staten kunnen worden geduld.

47. Hetzelfde geldt voor misbruik van machtspositie. Dit kan eenvoudig niet worden toegestaan. De regeling inzake de afgifte van negatieve verklaringen moge dan voordelig zijn voor de betrokken kringen, het ontbreken ervan kan echter niet de toepassing beletten van een bepaling die tot de grondslagen van de gemeenschappelijke markt behoort.

48. Het arrest van 30 april 1986 in de gevoegde zaken 209-213/84 is met deze rechtsopvatting niet in tegenspraak, want het betreft slechts het geval van artikel 85 EEG-Verdrag, dat, zoals wij zagen, anders ligt. Van een extensieve toepassing kan derhalve geen sprake zijn.

49. Met betrekking tot artikel 86 EEG-Verdrag ben ik in ieder geval van mening dat het kan worden toegepast, ook wanneer de Gemeenschap van haar bevoegdheden ex artikel 87 EEG-Verdrag, de Lid-Staten van hun bevoegdheden ex artikel 88 en de Commissie van haar bevoegdheden ex artikel 89 EEG-Verdrag geen gebruik hebben gemaakt.

3. *De derde vraag*

50. Met zijn *derde vraag* wenst het Bundesgerichtshof blijkens de motivering van zijn verwijzingsbeschikking in wezen te vernemen, of de goedkeuring van overeengekomen tarieven voor lijnvluchten door de autoriteiten van de Lid-Staten verenigbaar is met artikel 5, tweede alinea, juncto artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag, en welke rechtsgevolgen in voorkomend geval uit een ontkennend antwoord op deze vraag moeten worden getrokken. Voorts moet worden nagegaan, of de goedkeuring van tarieven voor geregelde luchtdiensten die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, uitsluitend onderworpen is aan de controle van de Commissie, dan wel ook aan toetsing door de nationale rechter, ingeval de Commissie geen bezwaar heeft gemaakt. Met andere woorden, wij zullen dus moeten nagaan, of met betrekking tot de goedkeuring door de staat krachtens artikel 90 een bijzondere regeling in het leven is geroepen, die afwijkt van de algemene regeling van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag.

51. Wat het eerste onderdeel van deze vraag betreft, verwijs ik naar de intussen vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de Lid-Staten gehouden zijn, geen maatregelen te nemen of te handhaven welke de mededingingsregels voor ondernemingen hun nuttig effect kunnen ontnemen.[20] Dit geldt ook voor openbare ondernemingen — of het in casu hierom gaat, moet door de gerechten van de Lid-Staten worden onderzocht —, daar artikel 90 EEG-Verdrag slechts een bijzondere toepassing vormt van bepaalde algemene beginselen die de Lid-Staten binden, en dus van declaratoire aard is.[21]

52. Voor de periode en de sector van het luchtvervoer waarvoor geen uitvoeringsmaatregel krachtens artikel 87 EEG-Verdrag is vastgesteld, is er volgens het arrest

20 — Vgl. de arresten van 30 april 1986, gevoegde zaken 209-213/84, reeds aangehaald, en 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801.

21 — Vgl. arrest van 16 november 1977, zaak 13/77, GB-Inno-BM, Jurispr. 1977, blz. 2115, 2147.

van 30 april 1986 in de gevoegde zaken 209-213/84 slechts dan sprake van niet-nakoming door de Lid-Staat van zijn verplichtingen krachtens de artikelen 3, sub f, 85 en 90, lid 1, EEG-Verdrag, wanneer de onverenigbaarheid van de afspraken met artikel 85 reeds formeel is vastgesteld hetzij door de autoriteiten van de Lid-Staat krachtens artikel 88, hetzij door de Commissie krachtens artikel 89. Daar zulke vaststellingen tot nog toe ontbreken, is dat het geval met alle vóór 1 januari 1988 verleende goedkeuringen en met de na deze datum verleende goedkeuringen voor tarieven voor geregeld luchtverkeer met derde landen.

53. Bij tariefgoedkeuringen die na 1 januari 1988 worden verleend voor het internationale luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap, moeten voortaan de handelingen van de Raad van 14 december 1987, inzonderheid de bepalingen van richtlijn 87/601 betreffende de tarieven voor geregelde luchtdiensten tussen de Lid-Staten, in acht worden genomen. Luchtvaarttarieven moeten nu volgens artikel 4 van de richtlijn door de luchtvaartautoriteiten van de betrokken staten worden goedgekeurd. Volgens artikel 2, sub a, zijn onder tarieven voor geregeld luchtvervoer te verstaan de prijzen die in de respectieve nationale valuta voor het vervoer moeten worden betaald. Daar de tarieven voor geregeld luchtvervoer dus in de regel telkens in twee verschillende valuta moeten worden goedgekeurd, zal het de Lid-Staten voortaan verboden zijn verbindende tarieven voor geregeld luchtvervoer slechts in hun eigen valuta toe te staan.

54. De Commissie heeft voorgesteld het met betrekking tot de artikelen 5, 3, sub f, 40 en 85 EEG-Verdrag gevonden resultaat ook uit te breiden tot de niet-nakoming door een Lid-Staat van zijn verplichtingen ex artikel 5 junctis de artikelen 3, sub f, 90, lid 1, en 86 EEG-Verdrag. Op grond van het resultaat waartoe ik in het tweede onderdeel van het antwoord op de tweede vraag ben gekomen, kan ik het daarmee echter niet eens zijn. Mijns inziens komt een Lid-Staat dus reeds dan genoemde verplichtingen niet na, wanneer aan de zijde van de betrokken ondernemingen de in artikel 86 EEG-Verdrag bedoelde feiten zich hebben voorgedaan en de Lid-Staat toch de goedkeuring verleent; een formele vaststelling van de inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag is mijns inziens niet vereist.

55. Deze constatering leidt reeds tot het antwoord op het tweede onderdeel van de derde vraag van het Bundesgerichtshof. Zodra vaststaat, dat een bepaling van nationaal recht in strijd is met artikel 5, tweede alinea, EEG-Verdrag, kan zij door de nationale rechterlijke instanties niet meer worden toegepast. Dit moet evenzeer gelden voor alle nationale handelingen die op een dergelijke nationale bepaling berusten.

56. Ik zie geen noodzaak om in casu artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag toe te passen, daar krachtens artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag de algemene mededingingsregels gelden en volgens de intussen vaste rechtspraak van het Hof artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag niet rechtstreeks toepasselijk kan zijn.[22] Artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag verleent de

22 — Vgl. de arresten van 14 juli 1971, zaak 10/71, Müller, Jurispr. 1971, blz. 723, 730, en 10 maart 1983, zaak 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage, Jurispr. 1983, blz. 555, 567.

Commissie slechts bijkomende bevoegdheden; het sluit de toepasselijkheid van de algemene regels van het Verdrag niet uit.

4. *De werking in de tijd van een rechterlijk verbod*

57. Verweersters in het hoofdgeding en de Commissie hebben het Hof verzocht in het arrest te preciseren, dat een eventueel door de rechter uitgesproken verbod vervalt wanneer het gemeenschapsrecht in de toekomst wordt gewijzigd. Dat daarvoor zeker reden is, blijkt uit hetgeen hiervóór is overwogen, namelijk dat verordening nr. 3975/87 geen uitputtende regeling bevat, alsook uit de artikelen 8 van verordening nr. 3976/87, 12 van richtlijn 87/601 en 14 van beschikking 87/602, volgens welke de Raad *uiterlijk op 30 juni 1990* over de herziening van de betrokken handelingen besluit. Bovendien kunnen de Commissie en de autoriteiten van de Lid-Staten volgens de artikelen 85, 86, 88 en 89 EEG-Verdrag optreden in het verkeer met derde landen en aldus de voorwaarden voor toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag door de rechterlijke instanties van de Lid-Staten scheppen. Dit nieuwe gemeenschapsrecht zou kunnen afwijken van de rechtssituatie waarop het nationale vonnis berust en zou daar voorrang op hebben. Het staat aan de Duitse gerechtelijke instanties om met deze omstandigheid rekening te houden.

C — Conclusie

Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

58. 1) Bilaterale en multilaterale overeenkomsten inzake tarieven voor lijnvluchten, waarbij ten minste één in een Lid-Staat van de Europese Economische Gemeenschap gevestigde luchtvaartmaatschappij betrokken is, zijn bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht nietig in de zin van artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag wegens schending van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

— wanneer zij betrekking hebben op het internationale luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap,

— wanneer zij betrekking hebben op het luchtverkeer met derde staten en bovendien in de vorm en volgens de procedure van de artikelen 88 of 89, lid 2, EEG-Verdrag is vastgesteld dat deze tarieven voortvloeien uit overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die in strijd zijn met artikel 85 EEG-Verdrag.

2) Het feit dat uitsluitend zulke tarieven worden toegepast in het internationale vervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap of in het verkeer met derde staten, kan, wanneer de in artikel 86 EEG-Verdrag bedoelde feiten zich hebben voorgedaan, tevens misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt opleveren; de toepassing van dergelijke tarieven in het verkeer met derde staten is krachtens artikel 86 EEG-Verdrag ook dan verboden, wanneer een dergelijke vaststelling in de vormen en volgens de procedure van de artikelen 88 of 89, lid 2, EEG-Verdrag ontbreekt.

3) Voor zover goedkeuringen betrekking hebben op tarieven voor lijnvluchten die volgens het in de antwoorden 1 en 2 gepreciseerde in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, moeten zij als een niet-nakoming van de verplichtingen van de Lid-Staten ex artikel 5, tweede alinea, EEG-Verdrag junctis de artikelen 3, sub f, 85, 86 en 90 worden beschouwd, zonder dat een bijzondere vaststelling van deze niet-nakoming door de Commissie overeenkomstig artikel 90, lid 3, nodig is.