# DOMSTOLENS DOM

5. november 2002 *

I sag C-468/98,

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved F. Benyon og C. Tufvesson, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

**Kongeriget Sverige** ved L. Nordling, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: svensk.

støttet af

**Kongeriget Nederlandene** ved M.A. Fierstra og J. van Bakel, som befuldmægtigede,

intervenient,

angående en påstand om, at det fastslås

— principalt, at Kongeriget Sverige har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til EF-traktaten, navnlig artikel 5 (nu artikel 10 EF) og artikel 52 (efter ændring nu artikel 43 EF), samt i henhold til den afledte ret, der er vedtaget herunder, navnlig Rådets forordning (EØF) nr. 2407/92 af 23. juli 1992 om udstedelse af licenser til luftfartsselskaber (EFT L 240, s. 1), Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet (EFT L 240, s. 8), Rådets forordning (EØF) nr. 2409/92 af 23. juli 1992 om billetpriser og rater inden for luftfart (EFT L 240, s. 15), Rådets forordning (EØF) nr. 2299/89 af 24. juli 1989 om en adfærdskodeks for edb-reservationssystemer (EFT L 220, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 3089/93 af 29. oktober 1993 (EFT L 278, s. 1), og Rådets forordning (EØF) nr. 95/93 af 18. januar 1993 om fælles regler for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne (EFT L 14, s. 1), idet Kongeriget Sverige i 1995 individuelt har forhandlet, paraferet og indgået en såkaldt »open skies«-aftale med USA på luftfartsområdet

— subsidiært og supplerende for det tilfælde, at 1995-aftalen ikke anses for radikalt at have ændret og dermed erstattet de tidligere indgåede aftaler, at Kongeriget Sverige har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i medfør af EF-traktatens artikel 234 (efter ændring nu artikel 307 EF), som tilpasset ved artikel 6 i akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EFT 1994 C 241, s. 21, og EFT 1995 L 1, s. 1), idet det ikke har fjernet de bestemmelser i de tidligere aftaler, som er uforenelige med traktaten, navnlig med artikel 52, og med den afledte ret, og ikke har taget de nødvendige retlige skridt med henblik herpå,

har

DOMSTOLEN

sammensat af formanden for Sjette Afdeling, J.-P. Puissochet, som fungerende præsident, afdelingsformand R. Schintgen samt dommerne C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris (refererende dommer), F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: A. Tizzano

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein og afdelingschef D. Louterman-Hubeau,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 8. maj 2001 er afgivet mundtlige indlæg af Kommissionen ved F. Benyon og C. Tufvesson, af Kongeriget Sverige ved

A. Kruse, som befuldmægtiget, og af Kongeriget Nederlandene ved J. van Bakel, H.G. Sevenster og J. van Haersolte, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 31. januar 2002,

afsagt følgende

## Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 18. december 1998 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EF-traktatens artikel 169 (nu artikel 226 EF) anlagt sag med påstand om, at det fastslås

— principalt, at Kongeriget Sverige har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til EF-traktaten, navnlig artikel 5 (nu artikel 10 EF) og artikel 52 (efter ændring nu artikel 43 EF), samt i henhold til den afledte ret, der er vedtaget herunder, navnlig Rådets forordning (EØF) nr. 2407/92 af 23. juli 1992 om udstedelse af licenser til luftfartsselskaber (EFT L 240, s. 1), Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet (EFT L 240, s. 8), Rådets forordning (EØF) nr. 2409/92 af 23. juli 1992 om billetpriser og rater inden for luftfart (EFT L 240, s. 15), Rådets forordning (EØF) nr. 2299/89 af 24. juli 1989 om en adfærdskodeks for edb-reservationssystemer (EFT L 220, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 3089/93 af 29. oktober

1993 (EFT L 278, s. 1, herefter »forordning nr. 2299/89«), og Rådets forordning (EØF) nr. 95/93 af 18. januar 1993 om fælles regler for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne (EFT L 14, s. 1), idet Kongeriget Sverige i 1995 individuelt har forhandlet, paraferet og indgået en såkaldt »open skies«-aftale med USA på luftfartsområdet

— subsidiært og supplerende for det tilfælde, at 1995-aftalen ikke anses for radikalt at have ændret og dermed erstattet de tidligere indgåede aftaler, at Kongeriget Sverige har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i medfør af EF-traktatens artikel 234 (efter ændring nu artikel 307 EF), som tilpasset ved artikel 6 i akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EFT 1994 C 241, s. 21, og EFT 1995 L 1, s. 1), idet det ikke har fjernet de bestemmelser i de tidligere aftaler, som er uforenelige med traktaten, navnlig med artikel 52, og med den afledte ret, og ikke har taget de nødvendige retlige skridt med henblik herpå.

2 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 8. juli 1999 har Kongeriget Nederlandene fået tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Kongeriget Sveriges påstande.

## De relevante retsregler

3 Ifølge EF-traktatens artikel 84, stk. 1 (efter ændring nu artikel 80, stk. 1, EF), finder bestemmelserne i afsnit IV, som omhandler transport, i traktatens tredje

del, kun anvendelse på transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje. Artiklens stk. 2 har følgende ordlyd:

»Rådet kan med kvalificeret flertal træffe beslutning om, hvorvidt, i hvilket omfang og på hvilken måde passende bestemmelser vil kunne fastsættes for sø- og luftfart.

Procedurebestemmelserne i artikel 75, stk. 1 og 3, finder anvendelse.«

4 I medfør af sidstnævnte bestemmelse og med henblik på en gradvis gennemførelse af det indre marked på luftfartsområdet vedtog Rådet i 1987, 1990 og 1992 tre såkaldte »pakker« med retsregler, der tilsigter dels at gennemføre princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet, dels at sikre en anvendelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler på dette område.

5 De i 1992 vedtagne retsregler, den såkaldte »tredje pakke«, omfatter forordning nr. 2407/92, nr. 2408/92 og nr. 2409/92.

6 Artikel 1 i forordning nr. 2407/92 bestemmer, at denne forordning omhandler de krav, som medlemsstaterne stiller til luftfartsselskaber, der er etableret i Fællesskabet, med henblik på udstedelse og opretholdelse af licenser. Det fremgår i den forbindelse af forordningens artikel 3, stk. 3, at et foretagende, der er etableret i Fællesskabet, kun må udøve lufttransport med passagerer, post og/eller fragt mod vederlag og/eller lejeafgift, såfremt det har fået udstedt den dertil nødvendige licens. I henhold til forordningens artikel 4, stk. 1 og 2, må en medlemsstat kun udstede en sådan licens til foretagender, der har deres

hovedvirksomhed og eventuelle hovedkontor/hjemsted i denne medlemsstat, og, med forbehold af aftaler og konventioner, som Fællesskabet er kontraherende part i, som medlemsstater og/eller statsborgere i medlemsstater besidder majoriteten i og har den effektive kontrol over.

7 Forordning nr. 2408/92 omhandler, således som det fremgår af dens titel, EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet. Ifølge definitionen i forordningens artikel 2, litra b), er et EF-luftfartsselskab et luftfartsselskab med en gyldig licens udstedt i overensstemmelse med forordning nr. 2407/92. Artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 2408/92 bestemmer, at den (de) berørte medlemsstat(er) tillader EF-luftfartsselskaber at udøve trafikrettigheder på ruter inden for Fællesskabet. I henhold til samme artikels stk. 2 kunne medlemsstaterne imidlertid indtil den 1. april 1997 fastsætte en undtagelse fra denne bestemmelse for så vidt angår cabotagetrafikrettigheder.

8 Artikel 4-7 i forordning nr. 2408/92 regulerer bl.a. medlemsstaternes mulighed for at indføre forpligtelse til offentlig tjeneste for så vidt angår nærmere angivne ruter. Ifølge samme forordnings artikel 8 kan medlemsstaterne fastlægge fordelingen af trafikken på de enkelte lufthavne inden for et lufthavnssystem, når det sker uden forskelsbehandling på grundlag af luftfartsselskabets nationalitet eller identitet. Endelig hjemler forordningens artikel 9 mulighed for, at den ansvarlige medlemsstat i tilfælde af alvorlige overbelastnings- og/eller miljøproblemer kan indføre betingelser for, begrænse eller nægte udøvelsen af trafikrettigheder, navnlig når et tilfredsstillende serviceniveau kan nås med andre transportformer.

9 Det fremgår af artikel 1, stk. 1, i forordning nr. 2409/92, at forordningen fastlægger kriterier og procedurer for fastsættelse af billetpriser og rater for transport i trafikflyvning udelukkende inden for Fællesskabet.

10 Samme artikels stk. 2 og 3 har følgende ordlyd:

»2. Med forbehold af stk. 3 finder denne forordning ikke anvendelse på:

a) billetpriser og rater, der anvendes af andre luftfartsselskaber end EF-luftfartsselskaber

b) billetpriser og rater, der fastsættes i henhold til en forpligtelse til offentlig tjeneste i overensstemmelse med Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet.

3. Kun EF-luftfartsselskaber har ret til at indføre nye produkter eller lavere billetpriser end dem, der gælder for identiske produkter.«

11 Ud over forordning nr. 2407/92, nr. 2408/92 og nr. 2409/92, som alle blev udstedt i 1992, har fællesskabslovgiver vedtaget andre retsakter på luftfartsområdet, bl.a. forordning nr. 2299/89 og nr. 95/93.

12 Artikel 1 i forordning nr. 2299/89 bestemmer, at forordningen finder anvendelse på edb-reservationssystemer (herefter »CRS«), der omfatter luftfartsprodukter, som tilbydes til anvendelse og/eller anvendes på Fællesskabets område, uanset systemleverandørens status eller nationalitet, hvor de anvendte oplysninger kommer fra, eller hvor den pågældende centrale databehandlingsenhed er beliggende, og uanset hvor de lufthavne er beliggende, mellem hvilke flyvningen foregår.

13 I samme forordnings artikel 7, stk. 1 og 2, er det imidlertid fastsat:

»1. De i artikel 3 og 4 til 6 anførte forpligtelser for systemleverandører gælder ikke over for et moderluftfartsselskab i et tredjeland, såfremt dette selskabs CRS uden for Fællesskabets område ikke sikrer Fællesskabets luftfartsselskaber tilsvarende behandling som den, der er fastsat i denne forordning og i Kommissionens forordning (EØF) nr. 83/91.

2. De i artikel 3a, 4 og 8 anførte forpligtelser for moderluftfartsselskaber eller deltagende luftfartsselskaber gælder ikke over for et CRS, der kontrolleres af (et) luftfartsselskab(er) i et eller flere tredjelande, såfremt der ikke indrømmes moderluftfartsselskabet eller deltagende luftfartsselskaber en behandling uden for Fællesskabets område svarende til den, der er fastsat i denne forordning og i Kommissionens forordning (EØF) nr. 83/91.«

14 Endelig er det ubestridt, at forordning nr. 95/93 også finder anvendelse på luftfartsselskaber fra tredjelande. Denne forordnings artikel 12 har imidlertid følgende ordlyd:

»1. Når det viser sig, at et tredjeland i forbindelse med tildelingen af ankomst- og afgangstidspunkter i lufthavne

a) ikke indrømmer EF-luftfartsselskaberne en behandling, der svarer til den behandling, som medlemsstaterne giver luftfartsselskaber fra det pågældende land,

eller

b) ikke indrømmer EF-luftfartsselskaberne en de facto national behandling,

eller

c) indrømmer luftfartsselskaber fra andre tredjelande en mere fordelagtig behandling end EF-luftfartsselskaberne,

kan der træffes passende foranstaltninger for at rette op på situationen med hensyn til den eller de pågældende lufthavne, herunder helt eller delvis at suspendere forpligtelserne efter denne forordning over for et luftfartsselskab fra dette tredjeland, i overensstemmelse med fællesskabsretten.

2. Medlemsstaterne underretter Kommissionen om alle alvorlige vanskeligheder, retlige og faktiske, som EF-luftfartsselskaberne støder på, når de søger at få tildelt ankomst- og afgangstidspunkter i lufthavne i tredjelande.«

## Tvistens baggrund

*Kommissionens initiativer med henblik på Fællesskabets indgåelse af internationale luftfartsaftaler*

15 Mod slutningen af eller efter Anden Verdenskrig havde en række stater, som senere er blevet medlemmer af Fællesskabet, herunder Kongeriget Sverige, allerede indgået bilaterale aftaler på luftfartsområdet med USA.

16 Med henblik på, at disse bilaterale aftaler blev erstattet af en enkelt aftale mellem Fællesskabet og USA, anmodede Kommissionen fra begyndelsen af 1990'erne gentagne gange Rådet om tilladelse til at indgå en sådan aftale på luftfartsområdet med de amerikanske myndigheder.

17 Kommissionen fremsatte således den 23. februar 1990 en første sådan anmodning, idet den fremsatte et forslag til Rådets beslutning om en konsultations- og bemyndigelsesprocedure for aftaler om handelsforbindelserne mellem medlemsstaterne og tredjelande vedrørende luftfart. Kommissionen fremsatte derefter den 23. oktober 1992 på ny et forslag til beslutning, der indeholdt mindre ændringer (EFT 1993 C 216, s. 15). De to forslag havde hjemmel i EF-traktatens artikel 113 (efter ændring nu artikel 133 EF), idet Kommissionen fandt, at indgåelsen af internationale aftaler på luftfartsområdet var omfattet af anvendelsesområdet for Fællesskabets handelspolitik.

18 I begge tilfælde fulgte Rådet imidlertid ikke Kommissionens initiativer op. Rådets holdning fremgik klart af de konklusioner, det vedtog den 15. marts 1993, og hvori det var præciseret:

— Efter Rådets opfattelse er traktatens artikel 84, stk. 2, det rette grundlag for den praktiske udvikling af en luftfartspolitik over for tredjelande.

— Medlemsstaterne skal fortsat være fuldt ansvarlige for deres relationer med tredjelande på luftfartsområdet, medmindre og indtil Rådet har truffet foranstaltninger herom. Det må imidlertid i den forbindelse understreges, at under bilaterale forhandlinger skal medlemsstaterne tage behørigt hensyn til forpligtelserne i henhold til fællesskabsretten og holde sig underrettet om de øvrige medlemsstaters interesser.

— Forhandlinger på fællesskabsplan med tredjelande bør kun føres, når Rådet har skønnet, at en sådan fremgangsmåde er i overensstemmelse med den fælles interesse, idet der herved kan opnås et bedre resultat for alle berørte medlemsstater sammenlignet med det resultat, der fremkommer gennem den traditionelle ordning med bilaterale aftaler.

19 I april 1995 rejste Kommissionen på ny spørgsmålet, idet den henstillede, at Rådet traf en beslutning, som bemyndigede Kommissionen til at forhandle med USA på luftfartsområdet. Som svar på denne nye anmodning tillagde Rådet i juni 1996 Kommissionen et begrænset mandat til at forhandle med USA — i samarbejde med et særligt udvalg, der var nedsat af Rådet — vedrørende følgende aspekter: Konkurrenceregler, ejendomsret til og kontrol med luftfartsselskaber, CRS, »code sharing«, løsning af konflikter, leasing, miljøklausuler og

overgangsbestemmelser. I tilfælde af en eventuel anmodning fra USA's side kunne Kommissionen udvide forhandlingerne til også at omfatte statsstøtte og andre foranstaltninger med henblik på at undgå, at luftfartsselskaber går konkurs, tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i lufthavnene, luftfartsselskabernes økonomiske og tekniske egnethed, sikkerhedsbestemmelser, beskyttelsesklausuler og et hvilket som helst andet spørgsmål, der vedrører regulering af området. Det var derimod udtrykkeligt præciseret, at mandatet ikke omfattede forhandlinger vedrørende markedsadgang (herunder »code sharing« og leasing, for så vidt som der herved var tale om trafikrettigheder), kapacitet, udpegning af luftfartsselskaber samt priser.

20 Referatet af samlingen i Rådet, hvor Kommissionen blev tillagt det nævnte forhandlingsmandat, var vedlagt forskellige erklæringer fra de to berørte institutioner. I en af de nævnte erklæringer, der var afgivet i fællesskab af de to institutioner (herefter »den fælles erklæring af 1996«), var det anført, at med henblik på at sikre kontinuiteten i forholdet mellem medlemsstaterne og USA under forhandlingerne på fællesskabsplan og med henblik på at råde over et holdbart alternativ, såfremt de nævnte forhandlinger måtte bryde sammen, skulle den nuværende ordning med bilaterale aftaler opretholdes og forblive i kraft, indtil der var indgået en ny aftale, der forpligtede Fællesskabet. I en særskilt erklæring anførte Kommissionen, at efter dens opfattelse var Fællesskabet blevet kompetent med hensyn til trafikrettigheder på luftfartsområdet.

21 Der er til dato ikke indgået nogen aftale med USA som følge af det forhandlingsmandat, Kommissionen blev tillagt i 1996.

22 Derimod fremgår det af sagen, at Fællesskabet i 1992 indgik en aftale med Kongeriget Norge og Kongeriget Sverige om civil luftfart. Denne aftale blev godkendt ved Rådets afgørelse 92/384/EØF af 22. juni 1992 (EFT L 200, s. 20). Fællesskabet har endvidere indgået en principaftale herom med Schweiz, og på

det tidspunkt, hvor denne sag blev anlagt, var Fællesskabet ved at forhandle med tolv europæiske lande om en aftale om indførelse af et »fælleseuropæisk luftfartsområde«.

*Den bilaterale luftfartsaftale, der er indgået mellem Kongeriget Sverige og USA*

23 En bilateral luftfartsaftale, den såkaldte »Bermuda-aftale«, blev den 16. december 1944 indgået mellem Kongeriget Sverige og USA. Aftalen blev ændret i 1954, 1958, 1966 og 1983 med henblik på at liberalisere den internationale lufttrafik (herefter »1944-aftalen«). I sin oprindelige affattelse indeholdt 1944-aftalen bl.a. klausuler, hvorefter luftfartsselskaber skal ejes og effektivt kontrolleres af den anden part, klausuler om ikke-diskrimination osv. De ændringer, der blev foretaget efterfølgende, omhandlede navnlig frihed på pris- og trafikområdet. Dog rakte de amerikanske selskabers trafikrettigheder videre, idet de omfattede alle destinationer hinsides Stockholm og Göteborg (Sverige).

24 Det fremgår af sagen, at USA i 1992 tog initiativ til at tilbyde en række europæiske stater at indgå en bilateral såkaldt »open skies«-aftale med USA. En sådan aftale skulle dels gøre det lettere for amerikanske og europæiske luftfartsselskaber at indgå alliancer, dels opfylde en række kriterier, der var fastsat af den amerikanske regering, som f.eks. fri adgang til alle luftruter, ubegrænsede rute- og trafikrettigheder, fastsættelse af priser i henhold til systemet med »double disapproval« for ruter mellem parterne i aftalen, mulighed for at aftale flyvninger med fælles koder osv.

25 I 1993 og 1994 styrkede USA bestræbelserne for at indgå bilaterale luftfartsaftaler efter »open skies«-modellen med så mange europæiske lande som muligt.

26 I en skrivelse af 17. november 1994 til medlemsstaterne fremhævede Kommissionen de negative virkninger, sådanne bilaterale aftaler ville medføre for Fællesskabet, og erklærede, at denne form for aftaler ville berøre Fællesskabets interne lovgivning. Kommissionen tilføjede, at forhandlinger om sådanne aftaler retligt set kun kunne føres på fællesskabsplan og kun således blive effektive.

27 Under forhandlinger den 24.-26. april 1995 nåede repræsentanter for den svenske regering og den amerikanske regering til enighed om en ændring af 1944-aftalen, hvilket efterfølgende blev bekræftet ved en noteveksling.

28 I 1995 blev der således foretaget følgende ændringer af 1944-aftalen (herefter »de ændringer, der blev foretaget i 1995«). I selve aftalen blev artikel 1 (Trafikrettigheder), artikel 2a (Udpegelse og koncessioner), artikel 3 (Definitioner), artikel 5 (Anvendelse af love), artikel 6 (Tilbagekaldelse af koncessioner), artikel 7 (Brugerafgifter), artikel 8 (Beskyttelse af luftfarten), artikel 9 (Prisfastsættelse), artikel 10 (Fair konkurrence), artikel 11 (Forretningsmæssige muligheder), artikel 12 (Told, skatter og afgifter), artikel 13 (Kombineret transport), artikel 14 (Konsultationer) og artikel 15 (Bilæggelse af tvister) ændret eller tilføjet for at bringe aftalen i overensstemmelse med den amerikanske model for en »open skies«-aftale. I øvrigt blev tillæg I og II til 1944-aftalen, der vedrører ruter og driftsfleksibilitet, ændret i overensstemmelse med den samme model (f.eks. vedrørende ruter, driftsfleksibilitet, omladning og charter-luftbefordring). Endelig blev der tilføjet et tillæg III om principperne for CRS.

29 Artikel 6 i 1944-aftalen bestemmer, at hver af de kontraherende parter forbeholder sig ret til at nægte at give eller tilbagekalde ethvert dokument, der indeholder en bemyndigelse, og enhver tilladelse til den anden parts luftfartsselskaber, når den ikke anser det for tilstrækkelig godtgjort, at en væsentlig del af ejendomsretten beror hos og den effektive kontrol udøves af statsborgere i en af de kontraherende parter (herefter »klausulen vedrørende ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber«).

## Den administrative procedure

30 Efter at være blevet bekendt med, at forhandlingerne med henblik på at ændre 1944-aftalen var blevet afsluttet, tilstillede Kommissionen den 6. juni 1995 den svenske regering en åbningsskrivelse, hvori den i det væsentlige meddelte, at da der gennem de fællesskabsretlige bestemmelser på luftfartsområdet var skabt et fuldstændigt sæt regler med henblik på at skabe et indre marked på dette område, havde medlemsstaterne ikke længere kompetence til at indgå bilaterale aftaler som den, Kongeriget Sverige netop havde forhandlet med USA. Ifølge Kommissionen var en sådan aftale desuden i strid med den primære og afledte fællesskabsret.

31 Den svenske regering bestred i skrivelse af 10. juli 1995 Kommissionens synspunkter. Kommissionen fremsatte herefter den 21. april 1998 en begrundet udtalelse over for Kongeriget Sverige, hvori den konkluderede, at de bilaterale forpligtelser, der var en følge af de ændringer af 1944-aftalen, der blev foretaget i 1995, udgjorde en tilsidesættelse af fællesskabsretten, ligesom den anmodede Kongeriget Sverige om at efterkomme den begrundede udtalelse inden for en frist på to måneder efter dens meddelelse.

32 Kommissionen fandt ikke den svenske regerings svarskrivelse af 14. maj 1998 tilfredsstillende og har derfor anlagt nærværende sag.

**Nødvendigheden af, at der tages stilling til, om der er tale om en ny aftale som følge af de ændringer, der blev foretaget i 1995**

33 Formuleringen af Kommissionens principale og subsidiære påstand viser, at efter Kommissionens opfattelse forudsætter realitetsbehandlingen af begge disse påstande nødvendigvis, at Domstolen først tager stilling til et forudgående andet spørgsmål, nemlig om de ændringer, der blev foretaget i 1995, har bevirket, at den tidligere bestående aftale af 1944 er blevet en ny såkaldt »open skies«-aftale, som bestemmelserne i 1944-aftalen, således som de efterfølgende er blevet ændret, er en integrerende del af. Såfremt dette faktisk er tilfældet, bør Domstolen ifølge Kommissionen kun behandle den principale påstand og tage stilling til, om den nye aftale er forenelig med de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, der var i kraft i 1995. I modsat fald vil det ikke være nødvendigt at behandle den principale påstand, og Domstolen bør i så fald behandle den subsidiære påstand og tage stilling til, om bestemmelserne i 1944-aftalen er forenelige med bl.a. traktatens artikel 234.

34 Hertil bemærkes imidlertid først, at en realitetsbehandling af den principale påstand ikke nødvendigvis forudsætter, at Domstolen tager stilling til ovennævnte forudgående spørgsmål.

35 Det fremgår af sagen og af retsforhandlingerne for Domstolen, at de ændringer, der blev foretaget i 1995, og som er beskrevet i denne doms præmis 28, har medført en fuldstændig liberalisering af lufttrafikken mellem USA og Kongeriget Sverige derved, at der blev sikret fri adgang til alle ruter mellem alle pladser i de to stater, uden begrænsning med hensyn til kapacitet og frekvens, uden begrænsning med hensyn til førliggende, mellemliggende og hinsidesliggende pladser (»behind, between and beyond rights«), og med alle ønskede kombina-

tioner af luftfartøjstyper (»change of gauge«). Denne fuldstændige frihed er blevet suppleret med bestemmelser, der vedrører de berørte luftfartsselskabers muligheder for at indgå aftaler om flyvninger med fælles kode (»code sharing«), og med bestemmelser, der fremmer konkurrencen og ikke-diskriminering, f.eks. med hensyn til CRS.

36 Heraf følger, at de ændringer af 1944-aftalen, der blev foretaget i 1995, har tilvejebragt rammen om et forstærket samarbejde mellem USA og Kongeriget Sverige, som har affødt nye og omfattende internationale forpligtelser for Kongeriget Sverige.

37 Der er endvidere grund til at understrege, at de ændringer, der blev foretaget i 1995, vidner om, at 1944-aftalen er blevet genforhandlet i sin helhed. Heraf følger, at selv om visse bestemmelser i 1944-aftalen ikke formelt er blevet ændret gennem de ændringer, der blev foretaget i 1995, eller kun har undergået marginale, redaktionelle ændringer, står det dog fast, at de forpligtelser, der følger af de pågældende bestemmelser, er blevet bekræftet i forbindelse med denne genforhandling. I en sådan situation er medlemsstaterne ikke alene afskåret fra at indgå nye internationale forpligtelser, men også fra at opretholde sådanne forpligtelser, såfremt medlemsstaterne herved tilsidesætter fællesskabsretten (jf. i denne retning domme af 4.7.2000, sag C-62/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 5171, og sag C-84/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 5215).

38 Konstateringen i den foregående præmis gælder navnlig med hensyn til den adgang til ruterne inden for Fællesskabet, der er indrømmet de luftfartsselskaber, USA har udpeget. Selv om denne adgang som hævdet af den svenske regering følger af forpligtelser, der er indgået før 1995, fremgår det af sektion 1 i tillæg I til 1944-aftalen, der omhandler listen over ruter, som ændret i 1995, at adgangen for luftfartsselskaber, der er udpeget af USA, til ruter inden for Fællesskabet i det mindste på ny er blevet bekræftet i 1995 som led i den udveksling af trafikrettigheder, de to stater aftalte.

39 Det samme er tilfældet med hensyn til klausulen vedrørende ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber, hvis ordlyd, således som den er gengivet ovenfor i præmis 29, allerede fandtes i 1944-aftalen. I øvrigt bemærkes, som generaladvokaten med rette har fremhævet i punkt 136-138 i sit forslag til afgørelse, at det må lægges til grund, at de ændringer af 1944-aftalen, der blev foretaget i 1995, som helhed påvirker rækkevidden af bestemmelserne, som f.eks. den nævnte klausul, som ikke formelt er blevet ændret i kraft af de pågældende ændringer eller kun er blevet det i begrænset omfang.

40 Heraf følger, at alle de internationale forpligtelser, der er omtvistet i forbindelse med den principale påstand, skal vurderes i relation til de fællesskabsretlige bestemmelser, Kommissionen har påberåbt sig til støtte for denne påstand, og som var i kraft på det tidspunkt, hvor de pågældende forpligtelser blev indgået eller bekræftet, dvs. i hvert fald i 1995.

41 Da Domstolen kan tage stilling til den principale påstand, er det ufornødent at behandle den subsidiære påstand. Som den subsidiære påstand er formuleret, afhænger behandlingen af den ikke af, i hvilket omfang den principale påstand ville blive taget til følge, men af, om Domstolen fandt, at den kunne tage stilling til denne påstand.

**Traktatbruddet som følge af tilsidesættelsen af Fællesskabets eksterne kompetence**

42 Kommissionen har gjort gældende, at Kongeriget Sverige har tilsidesat Fællesskabets eksterne kompetence ved at påtage sig de omtvistede forpligtelser. Kommissionen har nærmere anført, at denne kompetence dels følger af, at det er nødvendigt, som omhandlet i udtalelse 1/76 af 26. april 1977 (Sml. s. 741), at en

aftale, der indeholder sådanne forpligtelser, indgås på fællesskabsplan, dels at de omtvistede forpligtelser påvirker, som omhandlet i dom af 31. marts 1971, sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, den såkaldte »AETR«-dom (Sml. 1971, s. 41, org.ref.: Rec. s. 263), de regler, Fællesskabet har vedtaget på luftfartsområdet.

*Argumentet om, at Fællesskabet har en ekstern kompetence, som omhandlet i udtalelse 1/76*

Parternes argumenter

43 Kommissionen har gjort gældende, at i henhold til udtalelse 1/76, der er blevet nærmere uddybet i udtalelse 1/94 af 15. november 1994 (Sml. I, s. 5267) og udtalelse 2/92 af 24. marts 1995 (Sml. I, s. 521), har Fællesskabet en eksklusiv kompetence til at indgå en international aftale, selv om der ikke findes fællesskabsbestemmelser på det pågældende område, når indgåelsen af en sådan aftale er nødvendig af hensyn til virkeliggørelsen af traktatens mål inden for dette område, og disse mål ikke kan nås ved, at Fællesskabet blot selv fastsætter regler.

44 Som anført i udtalelse 2/92 ændrer det ræsonnement, der var anlagt i den tidligere afgivne udtalelse 1/94, ifølge Kommissionen ikke på nogen måde konklusionen i udtalelse 1/76. Bemærkningen i præmis 86 i udtalelse 1/94, hvorefter gennemførelsen af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i forhold til medlemsstaternes borgere ikke er uløseligt forbundet med, hvorledes borgere fra tredjelande behandles i Fællesskabet, vedrører tjenesteydelser i almindelighed. For så vidt angår luftfartsområdet, der pr. definition omfatter grænseoverskridende bevæ-

gelser, og hvor internationaliseringen har været stigende, er det vanskeligt at sondre mellem »interne« og »eksterne« spørgsmål. Det er i øvrigt af denne grund, at det i en række tilfælde har vist sig nødvendigt gennem fællesskabsretlige bestemmelser om luft- og søtransport at fastsætte bestemmelser om, hvorledes tredjelandes transportvirksomheder behandles, og at indgå hertil svarende aftaler.

45 Den forskelsbehandling, de konkurrencefordrejninger og den destabilisering af det fælles marked, som er resultatet af de bilaterale »open skies«-aftaler, visse medlemsstater har indgået, udgør ifølge Kommissionen bevis for, at de formål, der søges opnået ved den fælles luftfartspolitik, ikke kan nås uden indgåelse af en aftale mellem Fællesskabet og USA.

46 Kommissionen har præciseret, at de omtvistede forpligtelser, uanset om de betragtes enkeltvis eller sammen med de tilsvarende forpligtelser, andre medlemsstater har påtaget sig, medfører ændringer af trafikstrømmen til USA og giver amerikanske luftfartsselskaber mulighed for at operere på Fællesskabets marked uden at være underkastet alle de forpligtelser, som er fastsat i den ordning, der er etableret i kraft af de fælles regler, og de vil således kunne konkurrere med EF-luftfartsselskaberne.

47 Kommissionen har afslutningsvis anført, at nødvendigheden af, at det er Fællesskabet, der handler over for tredjelande, er let at bevise, når henses til traktatens bestemmelser om transport. Selv om traktatens artikel 84, stk. 2, ikke på forhånd fastlægger det nøjagtige indhold af de foranstaltninger, der skal træffes med hensyn til lufttransport, fremgår det udtrykkeligt af bestemmelsen, at procedurebestemmelserne i EF-traktatens artikel 75, stk. 3 (efter ændring nu artikel 71, stk. 2, EF), finder anvendelse. Det forhold, at traktatens artikel 84, stk. 2, klart tillægger Fællesskabet kompetence til at indgå luftfartsaftaler med tredjelande, er i øvrigt bevist derved, at denne bestemmelse udgjorde retsgrundlaget for en sådan aftale med Kongeriget Norge og Kongeriget Sverige i 1992.

48 Den svenske regering har bestridt, at Fællesskabet har eksklusiv kompetence, som omhandlet i udtalelse 1/76, til at indgå aftaler på luftfartsområdet.

49 Den svenske regering har gjort gældende, at selv om Fællesskabet, når fællesskabsretten har tillagt Fællesskabet en intern kompetence med henblik på at nå et bestemt mål, er kompetent til at påtage sig de internationale forpligtelser, der er nødvendige for at nå dette mål, når Fællesskabet tidligere har udnyttet sin interne kompetence, eller det anvender denne interne kompetence samtidig med sin eksterne kompetence med henblik på at vedtage foranstaltninger til gennemførelse af en fælles politik, betyder dette ikke, at den nævnte eksterne kompetence derved automatisk bliver eksklusiv. Ifølge Domstolens praksis, som den fremgår af udtalelse 1/94, følger Fællesskabets eksklusive kompetence udadtil imidlertid ikke *ipso facto* af dets kompetence til internt at fastsætte regler. Det fremgår også af samme udtalelse, at udtalelse 1/76 omhandler det tilfælde, hvor det er nødvendigt at indgå en international aftale af hensyn til virkeliggørelsen af et mål i traktaten, der ikke kan nås ved, at Fællesskabet selv fastsætter interne regler. I så fald har Fællesskabet en ekstern kompetence, uden at det er nødvendigt, at det tidligere har vedtaget interne regler. For at denne eksterne kompetence for Fællesskabet bliver eksklusiv, er det imidlertid nødvendigt, at Fællesskabet har udnyttet den.

50 For så vidt angår de økonomiske virkninger på konkurrencen, Kommissionen har henvist til, har den svenske regering anført, at de ikke kan begrunde en eksklusiv ekstern kompetence for Fællesskabet.

Domstolens bemærkninger

51 Indledningsvis bemærkes, at for så vidt angår lufttransport hjemler traktatens artikel 84, stk. 2, blot en beføjelse for Fællesskabet til at handle, hvilket imidlertid forudsætter en forudgående beslutning fra Rådet.

52 Selv om Rådet kan anvende denne bestemmelse som hjemmel til at tillægge Fællesskabet kompetence til at indgå en international aftale på luftfartsområdet i et konkret tilfælde, kan det derimod ikke antages, at bestemmelsen i sig selv tillægger Fællesskabet en ekstern kompetence på luftfartsområdet.

53 Domstolen har ganske vist allerede fastslået, at Fællesskabets kompetence til at påtage sig internationale forpligtelser ikke blot kan fremgå udtrykkeligt af traktaten, men også kan udledes forudsætningsvis af bestemmelserne heri. En sådan forudsætningsvis ekstern kompetence består ikke alene i alle tilfælde, hvor kompetencen indadtil allerede er udnyttet til at vedtage foranstaltninger til gennemførelsen af en fælles politik, men også, såfremt de interne fællesskabsforanstaltninger først vedtages ved den internationale aftales indgåelse og ikrafttrædelse. Kompetencen til at forpligte Fællesskabet over for tredjelande kan således følge forudsætningsvist af traktatens bestemmelser om kompetencen indadtil, for så vidt Fællesskabets deltagelse i en international aftale er nødvendig for gennemførelsen af et af Fællesskabets mål (jf. udtalelse 1/76, præmis 3 og 4).

54 I sin senere praksis har Domstolen præciseret, at den situation, der var omhandlet i udtalelse 1/76, er den, hvor den interne kompetence kun kan udnyttes formålstjenligt sammen med kompetencen udadtil (udtalelse 1/94, præmis 89), og det således er nødvendigt at indgå en international aftale af hensyn til virkeliggørelsen af mål i traktaten, der ikke kan nås ved, at Fællesskabet selv fastsætter regler.

55 Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

56 Traktaten er således ikke til hinder for, at institutionerne i de fælles regler, de fastsætter, foreskriver en samordnet adfærd over for USA eller foreskriver, hvilken holdning medlemsstaterne skal indtage udadtil med henblik på at

afhjælpe den forskelsbehandling og de konkurrencefordrejninger, der kunne følge af gennemførelsen af forpligtelser, som visse medlemsstater har påtaget sig over for USA i henhold til »open skies«-aftaler (jf. i denne retning udtalelse 1/94, præmis 79). Det er således ikke godtgjort, at traktatens mål på luftfartsområdet ikke på grund af en sådan forskelsbehandling eller sådanne konkurrencefordrejninger kan nås ved, at Fællesskabet selv fastsætter regler.

57 I øvrigt bemærkes, at Rådet i 1992 kunne vedtage den »tredje pakke«, hvorved det indre marked for lufttransport ifølge Kommissionen blev etableret på grundlag af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, uden at det på det pågældende tidspunkt af den grund fandtes nødvendigt, at Fællesskabet indgik en aftale med USA på luftfartsområdet. Tværtimod fremgår det af sagen, at Rådet, som i henhold til traktaten er beføjet til at handle på luftfartsområdet og fastlægge omfanget af Fællesskabets indgriben på dette område, ikke fandt det nødvendigt at føre forhandlinger med USA på fællesskabsplan (jf. ovenfor i præmis 18). Først i juni 1996, dvs. efter udøvelsen af den interne kompetence, bemyndigede Rådet Kommissionen til at forhandle en aftale på luftfartsområdet med USA, idet Kommissionen blev tildelt et begrænset forhandlingsmandat, og Rådet i øvrigt i den fælles erklæring, det i 1996 afgav sammen med Kommissionen, omhyggeligt præciserede, at ordningen med bilaterale aftaler med USA ville blive opretholdt, indtil der var indgået en ny aftale, der forpligtede Fællesskabet (jf. ovenfor i præmis 19 og 20).

58 Det ændrer intet ved konstateringen i de foregående præmisser, at der i de retsakter, Rådet har udstedt vedrørende det indre marked for lufttransport, findes visse bestemmelser, der omhandler statsborgere fra tredjelande (jf. f.eks. præmis 12-14 ovenfor). I modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, kan det af den omstændighed, at de nævnte bestemmelser er relativt begrænsede, ikke udledes, at gennemførelsen af retten til fri udveksling af tjenesteydelser på luftfartsområdet for statsborgere fra medlemsstaterne er uløseligt forbundet med, hvorledes borgere fra tredjelande behandles i Fællesskabet, eller hvorledes borgere fra medlemsstaterne behandles i tredjelande.

59 Heraf følger, at der for så vidt angår den foreliggende sag ikke er tale om en situation, hvor den interne kompetence kun kunne udøves formålstjenligt sammen med den eksterne kompetence.

60 Det må herefter fastslås, at på det tidspunkt, hvor Kongeriget Sverige aftalte de ændringer, der blev foretaget i 1995, med USA, kunne Fællesskabet ikke med føje hævde, at der bestod en eksklusiv ekstern kompetence, som omhandlet i udtalelse 1/76, til at indgå en luftfartsaftale med USA.

61 Påstanden om, at Kongeriget Sverige har handlet traktatstridigt ved at tilsidesætte en sådan kompetence, kan herefter ikke tages til følge.

*Argumentet om, at der består en ekstern kompetence for Fællesskabet, som omhandlet i AETR-dommen*

Parternes argumenter

62 Kommissionen har anført, at med den retlige ramme, der er tilvejebragt gennem den »tredje pakke«, med foranstaltninger til liberalisering af lufttransporten, har fællesskabslovgiver indført et fuldstændigt sæt fælles regler, som har gjort det muligt at etablere det indre marked for lufttransport, der bygger på princippet om retten til fri udveksling af tjenesteydelser. Som led i disse fælles regler har Fællesskabet fastlagt betingelserne for det indre markeds funktion, navnlig hvad angår reglerne om adgang til dette marked, i form af trafikrettigheder vedrørende ruterne mellem medlemsstaterne og deres indenrigsruter. Endvidere omfatter en

lang række af disse foranstaltninger bestemmelser vedrørende luftfartsselskaber fra tredjelande eller fra de lande, som de pågældende luftfartsselskaber er aktive i. Ud over dette sæt fælles regler er også forordning nr. 2299/89 og nr. 95/93 eksempler på foranstaltninger, der foreskriver, hvorledes medlemsstaterne skal forholde sig over for disse tredjelande.

63 Henset til dette fuldstændige sæt fælles regler har medlemsstaterne ikke længere kompetence til individuelt eller kollektivt at påtage sig forpligtelser, der påvirker disse regler, gennem udveksling af trafikrettigheder og tildeling af adgang til markedet i Fællesskabet for luftfartsselskaber fra tredjelande. Forhandling og indgåelse af sådanne internationale forpligtelser henhører således ifølge Kommissionen under Fællesskabets eksklusive kompetence. Til støtte for sit synspunkt har Kommissionen bl.a. påberåbt sig AETR-dommen samt Domstolens udtalelse 1/94 og 2/92.

64 Kommissionen har tilføjet, at sådanne internationale forpligtelser, såfremt de ikke påtages af Fællesskabet, er i strid med fællesskabsretten og indebærer, at denne mister sin effektive virkning, idet de pågældende forpligtelser indebærer forskelsbehandling, konkurrencefordrejning og destabilisering af det fælles marked i kraft af, at luftfartsselskaber fra tredjelande gives adgang. Amerikanske luftfartsselskaber kan således drive virksomhed i Fællesskabet uden at være underkastet alle fællesskabssystemets forpligtelser, trafikken forskydes til én medlemsstat på bekostning af de øvrige medlemsstater, og den ligevægt, der var tilsigtet med indførelsen af de fælles regler, brydes.

65 Kommissionen har endvidere henvist til, at det fremgår af præmis 25 og 26 i udtalelse 2/91 af 19. marts 1993 (Sml. I, s. 1061), at medlemsstaterne ikke, selv om det sker for at følge de gældende EF-regler, kan påtage sig internationale forpligtelser, da det kan gøre EF-reglerne alt for ufleksible ved at lægge hindringer i vejen for, at de tilpasses eller ændres, og dermed at disse regler »berøres«.

66 Kommissionen har subsidiært anført, at selv om der ikke var etableret et fuldstændigt sæt fælles regler, ville dette være uden betydning for afgørelsen af den foreliggende sag, da fællesskabskompetencen som fastslået af Domstolen i præmis 25 og 26 i udtalelse 2/91 er anerkendt som fastlagt, såfremt den berørte aftale omhandler et område, der i vid udstrækning er reguleret af fællesskabsbestemmelser, der er vedtaget gradvis. Dette er tilfældet i den foreliggende sag.

67 Såfremt Domstolen alligevel måtte fastslå, at den fællesskabsretlige regulering ikke kan antages at være fuldstændig, fordi den som hævdet af Kongeriget Sverige fortsat ikke indeholder visse elementer, uvæsentlige eller ej, har dette heller ikke afgørende betydning for sagens udfald, idet Kongeriget Sverige i denne situation ikke alene kunne påtage sig de omtvistede forpligtelser.

68 Den svenske regering har bemærket, at ifølge AETR-dommen, mister medlemsstaterne retten til at indgå forpligtelser med tredjelande, efterhånden som der vedtages fælles regler, der vil kunne berøres af disse forpligtelser. Det må derfor undersøges, om de omtvistede forpligtelser vedrører et område, der allerede er genstand enten for fællesskabsforanstaltninger, der indeholder bestemmelser om behandlingen af luftfartsselskaber fra tredjelande, eller for en samlet harmonisering af regler om lufttrafikken i Fællesskabet.

69 Den svenske regering har nøje undersøgt indholdet af de forordninger, der udgør den »tredje pakke« med foranstaltninger til liberalisering af luftfarten. Regeringen har gjort gældende, at de nævnte forordninger hverken omhandler lufttransport til tredjelande eller trafikrettighederne for selskaber i tredjelande. Derfor berører de omtvistede forpligtelser ikke den ordning, der er indført ved den »tredje pakke«.

70 For så vidt angår de bestemmelser vedrørende tredjelande, der findes i visse af de af Kommissionen påberåbte forordninger, har den svenske regering gjort gældende, at de ikke berøres af de omtvistede forpligtelser. Det samme gælder for de bestemmelser i disse forordninger, der vedrører CRS og tildeling af slots.

Domstolens bemærkninger

71 Indledningsvis bemærkes, således som det allerede er fastslået ovenfor i præmis 51 og 52, at selv om traktatens artikel 84, stk. 2, ikke tilvejebringer en ekstern kompetence for Fællesskabet på luftfartsområdet, står det dog fast, at bestemmelsen hjemler en beføjelse for Fællesskabet til at handle inden for området, der dog er betinget af en forudgående beslutning fra Rådet herom.

72 Det var i øvrigt med ovennævnte bestemmelse som hjemmel, at Rådet vedtog den »tredje luftfartspakke«.

73 Domstolen har imidlertid allerede i AETR-dommens præmis 16-18 og 22 fastslået, at Fællesskabets kompetence til at indgå internationale aftaler ikke alene kan følge af en udtrykkelig hjemmel i traktaten, men kan også implicit udledes af andre traktatbestemmelser og af retsakter, som i medfør af de nævnte bestemmelser er udstedt af Fællesskabets institutioner. Navnlig har medlemsstaterne, når Fællesskabet for at gennemføre en fælles politik, der er omhandlet i traktaten, har vedtaget bestemmelser, der under en eller anden form indfører fælles regler, ikke længere ret til individuelt eller kollektivt at indgå forpligtelser med tredjelande, der berører disse regler eller ændrer deres rækkevidde.

Efterhånden som sådanne fælles regler vedtages, overtager Fællesskabet nemlig alene beføjelsen til — med virkning for hele anvendelsesområdet for Fællesskabets retsorden — at anerkende og opfylde forpligtelser over for tredjelande.

74 Da denne analyse indebærer en anerkendelse af en eksklusiv ekstern kompetence for Fællesskabet, når der er udstedt interne retsakter, opstår det spørgsmål, om dette også er tilfældet i forbindelse med en bestemmelse som f.eks. traktatens artikel 84, stk. 2, som tillægger Rådet beføjelse til at træffe beslutning om, »hvorvidt, i hvilket omfang og på hvilken måde passende bestemmelser vil kunne fastsættes« for luftfart, herunder også i relation til tredjelande.

75 I den forbindelse bemærkes, at såfremt medlemsstaterne frit kunne påtage sig internationale forpligtelser, der påvirker de fælles regler, der er udstedt med hjemmel i traktatens artikel 84, stk. 2, ville dette bringe virkeliggørelsen af det mål, der forfølges med de pågældende regler, i fare, og dermed forhindre Fællesskabet i at udføre sin opgave til varetagelse af den fælles interesse.

76 Domstolens konstateringer i AETR-dommen gælder således også, når Rådet, som det er tilfældet i den foreliggende sag, har vedtaget fælles regler med hjemmel i traktatens artikel 84, stk. 2.

77 Der skal endvidere tages stilling til, på hvilke betingelser rækkevidden af de fælles regler kan påvirkes eller ændres i kraft af de pågældende internationale forpligtelser og følgelig, på hvilke betingelser Fællesskabet erhverver en ekstern kompetence som følge af, at det udøver sin interne kompetence.

78 Ifølge Domstolens praksis er dette tilfældet, når de internationale forpligtelser omfattes af anvendelsesområdet for de fælles regler (jf. AETR-dommen, præmis 30), eller i hvert fald af et område, der allerede i vid udstrækning er reguleret af sådanne regler (jf. udtalelse 2/91, præmis 25). For så vidt angår sidstnævnte situation har Domstolen fastslået, at medlemsstaterne ikke uden om de fælles institutioner kan påtage sig internationale forpligtelser, heller ikke, selv om der ikke er nogen modsætning mellem disse forpligtelser og de fælles regler (jf. udtalelse 2/91, præmis 25 og 26).

79 Når Fællesskabet i sin interne lovgivning har indsat bestemmelser vedrørende den behandling, der tilkommer tredjelandes borgere, eller når Fællesskabet udtrykkeligt har tillagt sine institutioner kompetence til at forhandle med tredjelande, får det således en eksklusiv ekstern kompetence med hensyn til de områder, der er reguleret i lovgivningen (jf. udtalelse 1/94, præmis 95, og udtalelse 2/92, præmis 33).

80 Det samme gælder også, selv om der ikke findes udtrykkelige bestemmelser, hvori der gives institutionerne ret til at forhandle med tredjelande, når Fællesskabet har gennemført en fuldstændig harmonisering inden for et bestemt område, idet de således vedtagne fælles regler kunne blive berørt i den i AETR-dommen forudsatte betydning, hvis medlemsstaterne bevarede en ret til at forhandle med tredjelande (jf. udtalelse 1/94, præmis 96, og udtalelse 2/92, præmis 33).

81 Derimod fremgår det af ræsonnementet i præmis 78 og 79 i udtalelse 1/94, at eventuelle forstyrrelser i udvekslingen af tjenesteydelser på det indre marked, der kan følge af bilaterale »open skies«-aftaler, som medlemsstaterne har indgået med tredjelande, ikke i sig selv berører de fælles regler, der er vedtaget inden for området, og kan derfor ikke antages at skabe en ekstern kompetence for Fællesskabet.

82 Traktaten er således ikke til hinder for, at institutionerne i de fælles regler, de fastsætter, foreskriver en samordnet adfærd over for tredjelande eller foreskriver, hvilken holdning medlemsstaterne skal indtage udadtil (jf. udtalelse 1/94, præmis 79).

83 Det er i lyset af disse bemærkninger, at det skal vurderes, om de fælles regler, Kommissionen har påberåbt sig i den foreliggende sag, må antages at blive påvirket af de internationale forpligtelser, Kongeriget Sverige har påtaget sig.

84 Det er ubestridt, at de omtvistede forpligtelser medfører en udveksling af femte frihedsrettigheder, hvorefter et luftfartsselskab, som USA har udpeget, har ret til at transportere passagerer mellem Kongeriget Sverige og en anden medlemsstat i Den Europæiske Union i forbindelse med en flyvning til/fra USA. Kommissionen har først anført, at en sådan forpligtelse — navnlig set i sammenhæng med de tilsvarende bilaterale forpligtelser, som medlemsstaterne har indgået med USA — derved, at den giver amerikanske luftfartsselskaber mulighed for at drive ruter inden for Fællesskabet uden at skulle acceptere de betingelser, der er fastsat i forordning nr. 2407/92, påvirker denne forordning samt forordning nr. 2408/92.

85 Dette argument kan ikke tiltrædes.

86 Som det fremgår af titlen på forordning nr. 2408/92 og dens artikel 3, stk. 1, omhandler forordningen alene EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet. Disse luftfartsselskaber er i forordningens artikel 2, litra b), defineret som et luftfartsselskab med en gyldig licens udstedt af en medlemsstat i overensstemmelse med forordning nr. 2407/92. Som det fremgår af artikel 1, stk. 1, og artikel 4 i forordning nr. 2407/92, definerer denne forordning de krav,

som medlemsstaterne stiller til luftfartsselskaber, der er etableret i Fællesskabet, med henblik på udstedelse af licenser. Med forbehold af aftaler og konventioner, som Fællesskabet er kontraherende part i, skal de pågældende selskaber ejes af medlemsstater og/eller statsborgere i medlemsstaterne enten direkte eller ved besiddelse af majoriteten, og de skal være undergivet disse staters eller statsborgeres effektive kontrol. Forordningen definerer ligeledes kravene til opretholdelse af de pågældende licenser.

87 Heraf følger, at forordning nr. 2408/92 ikke omhandler tildelingen af trafikrettigheder til ruter inden for Fællesskabet til ikke-EF-luftfartsselskaber. Tilsvarende omhandler forordning nr. 2407/92 ikke licenser for ikke-EF-luftfartsselskaber, der driver virksomhed inden for Fællesskabet.

88 Da de omtvistede internationale forpligtelser ikke henhører under et område, der allerede er omfattet af forordning nr. 2407/92 og nr. 2408/92, kan de ikke af den grund, Kommissionen har påberåbt sig, antages at påvirke de pågældende forordninger.

89 Endvidere bemærkes, at den omstændighed, at de nævnte to forordninger ikke regulerer forholdet for luftfartsselskaber fra tredjelande, der driver virksomhed inden for Fællesskabet, i sig selv viser, at i modsætning til, hvad Kommissionen hævder, er den »tredje pakke« ikke fuldstændig.

90 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den forskelsbehandling og de konkurrencefordrejninger, der følger af de omtvistede internationale forpligtelser, set i sammenhæng med virkningen af de tilsvarende internationale forpligtelser, andre medlemsstater har indgået, påvirker den normale funktion af det indre marked for lufttransport.

91 Hertil bemærkes imidlertid, således som det er fremhævet ovenfor i præmis 81, at en sådan situation ikke påvirker de fælles regler og kan derfor ikke antages at skabe en ekstern kompetence for Fællesskabet.

92 Kommissionen har endelig anført, at de fællesskabsbestemmelser, den har påberåbt sig, indeholder en række bestemmelser vedrørende tredjelande og luftfartsselskaber fra tredjelande. Dette er navnlig tilfældet med hensyn til forordning nr. 2409/92, nr. 2299/89 og nr. 95/93.

93 Hertil bemærkes for det første, at i henhold til artikel 1, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2409/92 finder denne forordning ikke anvendelse på billetpriser og rater, der anvendes af andre luftfartsselskaber end EF-luftfartsselskaber, idet denne begrænsning dog gælder »med forbehold af stk. 3« i samme artikel. Ifølge artikel 1, stk. 3, i forordning nr. 2409/92 har kun EF-luftfartsselskaber ret til at indføre nye produkter eller lavere billetpriser end dem, der gælder for identiske produkter.

94 Det fremgår af disse bestemmelser, sammenholdt med hinanden, at forordning nr. 2409/92 indirekte, men med sikkerhed, er til hinder for, at luftfartsselskaber fra tredjelande, der driver virksomhed inden for Fællesskabet, indfører nye produkter eller lavere billetpriser end dem, der gælder for identiske produkter. Fællesskabslovgiver har herved villet begrænse disse luftfartsselskabers frihed til selv at fastsætte deres priser, når de beflyver ruter inden for Fællesskabet i medfør af de femte frihedsrettigheder, de har. Fællesskabet har følgelig, i det omfang der falder ind under artikel 1, stk. 3, i forordning nr. 2409/92, erhvervet den eksklusive kompetence til at indgå de forpligtelser med tredjelande, der vedrører denne begrænsning af ikke-EF-luftfartsselskabers frihed til selv at fastsætte deres priser.

95 Heraf følger, at efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 2409/92 måtte Kongeriget Sverige ikke længere selv påtage sig internationale forpligtelser vedrørende de priser, luftfartsselskaber fra tredjelande anvender på ruter inden for Fællesskabet.

96 Det fremgår imidlertid af sagen, at Kongeriget Sverige har påtaget sig en sådan form for forpligtelse gennem de ændringer af artikel 9 i 1944-aftalen, der blev foretaget i 1995, idet den pågældende bestemmelse er blevet omformuleret. Kongeriget Sverige har herved tilsidesat den eksklusive eksterne kompetence for Fællesskabet, der følger af artikel 1, stk. 3, i forordning nr. 2409/92.

97 Det ændrer intet herved, at for så vidt angår lufttransport, som forordning nr. 2409/92 finder anvendelse på, skal denne forordning i henhold til den nævnte artikel 9 overholdes. Hvor prisværdigt Kongeriget Sveriges initiativ med henblik på at opretholde anvendelsen af forordning nr. 2409/92 end er, står det dog fast, at Kongeriget Sverige har handlet traktatstridigt som følge af, at det ikke havde ret til selv at påtage sig en sådan forpligtelse, selv om dennes indhold ikke er i strid med fællesskabsretten.

98 For det andet bemærkes, at det fremgår af artikel 1 og 7 i forordning nr. 2299/89, at med forbehold af gensidighed finder forordningen ligeledes anvendelse på statsborgere fra tredjelande, når de tilbyder CRS til anvendelse eller anvender CRS på Fællesskabets område.

99 I kraft af denne forordning har Fællesskabet således erhvervet den eksklusive kompetence til at indgå forpligtelser med tredjelande vedrørende CRS, som tilbydes til anvendelse eller anvendes på dets område.

100 Det er ikke bestridt, at der gennem de ændringer af 1944-aftalen, der blev foretaget i 1995, blev indsat et tillæg III, som omhandler principperne vedrørende CRS, herunder dem, der finder anvendelse på CRS, der tilbydes til anvendelse eller anvendes på Kongeriget Sveriges område. Herved har Kongeriget Sverige tilsidesat den eksklusive eksterne kompetence for Fællesskabet, der følger af forordning nr. 2299/89.

101 Hverken den omstændighed, at indholdet af de pågældende forpligtelser som hævdet af den svenske regering ikke er i strid med forordning nr. 2299/89 eller det forhold, at det i det »*Memorandum of consultations*«, der blev udarbejdet under de forhandlinger, der førte til de ændringer, der blev foretaget i 1995, er anført, at Kongeriget Sverige kun anvender det nævnte tillæg III, i det omfang det er foreneligt med fællesskabsreglerne med hensyn til CRS, kan rejse tvivl med hensyn til konstateringen i den foregående præmis. At Kongeriget Sverige har handlet traktatstridigt, følger således af selve den omstændighed, at det har påtaget sig de internationale forpligtelser med hensyn til CRS, der er omtalt i den foregående præmis.

102 Endelig og for det tredje bemærkes, som det er understreget ovenfor i præmis 14, at forordning nr. 95/93, som omhandler tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne, med forbehold af gensidighed finder anvendelse på luftfartsselskaber fra tredjelande. Følgelig har Fællesskabet siden denne forordnings ikrafttræden haft en eksklusiv kompetence til at indgå aftaler herom med tredjelande.

103 Som generaladvokaten imidlertid med rette har fremhævet i punkt 107 i sit forslag til afgørelse, har Kommissionen ikke godtgjort, at klausulen vedrørende fair konkurrence i artikel 10 i 1944-aftalen, som ændret i 1995, også finder anvendelse med hensyn til tildelingen af slots, således som Kommissionen har hævdet.

104 Som Kommissionen har anført i stævningen, indeholder den nævnte artikel 10 i litra a) en bestemmelse, som generelt garanterer de to kontraherende parters

luftfartsselskaber lige konkurrencemuligheder. I mangel af relevante oplysninger, hvorved de to parters vilje klart kan fastslås, kan der imidlertid ikke af den generelle formulering af en sådan klausul udledes en forpligtelse med hensyn til tildeling af slots, som Kongeriget Sverige har påtaget sig. Til støtte for sin fortolkning har Kommissionen imidlertid ikke fremlagt andre oplysninger end en rapport fra de amerikanske myndigheder, hvorefter sådanne klausuler normalt også omfatter tildeling af slots.

105 Det traktatbrud, Kommissionen i den henseende har påtalt over for Kongeriget Sverige, er følgelig ikke begrundet.

106 Traktatens artikel 5 pålægger medlemsstaterne at lette Fællesskabet gennemførelsen af dets opgaver og at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætninger i fare.

107 For så vidt angår forholdet til tredjelande har Domstolen fastslået, at gennemførelsen af Fællesskabets opgave og virkeliggørelsen af traktatens målsætninger kan blive bragt i fare, hvis medlemsstaterne kunne påtage sig internationale forpligtelser indeholdende bestemmelser, der kan berøre forskrifter, som Fællesskabet har udstedt, eller ændre deres rækkevidde (jf. udtalelse 2/91, præmis 11, jf. også i samme retning AETR-dommen, præmis 21 og 22).

108 Det følger af ovennævnte bemærkninger, at Kongeriget Sverige har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til traktatens artikel 5 samt forordning nr. 2409/92 og nr. 2299/89, idet den har indgået internationale forpligtelser vedrørende priser på ruter inden for Fællesskabet, som anvendes af luftfartsselskaber, der er udpeget af USA, samt vedrørende de CRS, der tilbydes til anvendelse eller anvendes på svensk område.

## Traktatbruddet som følge af tilsidesættelsen af traktatens artikel 52

*Parternes argumenter*

109 Kommissionen har anført, at klausulen vedrørende ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber er i strid med traktatens artikel 52, idet Kongeriget Sverige ikke indrømmer statsborgere fra andre medlemsstater og navnlig ikke selskaber og virksomheder, der er stiftet i disse medlemsstater og etableret i Kongeriget Sverige, national behandling, såfremt disse selskaber og virksomheder ikke ejes og kontrolleres af svenske eller amerikanske statsborgere.

110 Den svenske regering har gjort gældende, at traktatens artikel 52 kun har interesse, hvis klausulen om ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber begunstiger svenske retssubjekter til skade for EF-retssubjekter i forbindelse med udøvelsen af den frie etableringsret i Fællesskabet som omhandlet i den nævnte artikel 52. Ifølge regeringen begrænser denne klausul ikke retten for statsborgere i andre medlemsstater til at etablere sig og drive luftfartsvirksomhed i Kongeriget Sverige.

111 Derimod er de amerikanske myndigheders mulighed for at tildele trafikrettigheder for flyvninger til USA og hinsides USA et andet spørgsmål, der falder uden for traktatens anvendelsesområde. Den svenske regering har imidlertid understreget, at klausulen vedrørende ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber ikke hindrer de svenske myndigheder i også at udpege luftfartsselskaber, der ejes og kontrolleres af andre EF-retssubjekter. Denne klausul giver imidlertid de

amerikanske myndigheder mulighed for at nægte at godkende en sådan udpegelse. Traktatens artikel 52 kan ikke antages at være relevant, når det gælder de amerikanske myndigheders tildeling af trafikrettigheder.

112 I medfør af klausulen om ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber har Kongeriget Sverige således ifølge den svenske regering ret til at nægte trafikrettigheder til selskaber, der er udpeget af USA, såfremt disse selskaber ikke ejes eller kontrolleres af amerikanske eller svenske statsborgere. Denne klausul indebærer imidlertid ikke, at Kongeriget Sverige har forpligtet sig til at nægte trafikrettigheder i sådanne tilfælde. Det er klart, at Kongeriget Sverige ikke kan nægte trafikrettigheder til selskaber, der er udpeget af USA, men som ejes eller kontrolleres af EF-statsborgere. På samme måde indebærer klausulen en ret og ikke en forpligtelse for USA til at nægte at godkende selskaber, der er udpeget af den svenske regering, såfremt de ikke ejes eller kontrolleres af amerikanske eller svenske statsborgere.

*Domstolens bemærkninger*

113 For så vidt angår spørgsmålet, om traktatens artikel 52 finder anvendelse i den foreliggende sag, bemærkes først, at denne bestemmelse, som Kongeriget Sverige ifølge Kommissionen har tilsidesat, finder anvendelse på lufttransport.

114 Mens EF-traktatens artikel 61 (efter ændring nu artikel 51 EF) er til hinder for, at traktatens bestemmelser vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser finder anvendelse på transport, idet tjenesteydelser på transportområdet er omfattet af bestemmelserne i afsnittet vedrørende transport, er ingen bestemmelse i traktaten til hinder for, at traktatens bestemmelser om etableringsfrihed finder anvendelse på transport.

115 Traktatens artikel 52 må navnlig antages at finde anvendelse på luftfartsselskaber, der er etableret i en medlemsstat, og som leverer lufttransportydelser mellem en medlemsstat og et tredjeland. Alle selskaber, der er etableret i en medlemsstat i den i traktatens artikel 52 forudsatte betydning, er omfattet af denne bestemmelse, selv om deres virksomhed i den pågældende stat består i tjenesteydelser over for tredjelande.

116 For så vidt angår spørgsmålet, om Kongeriget Sverige har tilsidesat traktatens artikel 52, bemærkes, at i henhold til denne bestemmelse indebærer retten til frit at etablere sig adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, navnlig selskaber som omhandlet i EF-traktatens artikel 58, stk. 2 (nu artikel 48, stk. 2, EF), på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.

117 Traktatens artikel 52 og 58 indebærer for statsborgere i Fællesskabet, der har udøvet etableringsretten, og for selskaber, som ligestilles med disse, at de skal sikres national behandling i værtsmedlemsstaten (jf. dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain, Sml. I, s. 6161, præmis 34), såvel med hensyn til adgangen til at optage erhvervsvirksomhed i forbindelse med en første etablering som med hensyn til udøvelsen af denne virksomhed af den person, der er etableret i værtsmedlemsstaten.

118 Domstolen har således fastslået, at princippet om national behandling pålægger en medlemsstat, der er part i en international, bilateral overenskomst, der er indgået med et tredjeland med henblik på at undgå dobbeltbeskatning, at indrømme selskaber, der har fast driftssted i medlemsstaten, men som er hjemmehørende i en anden medlemsstat, de rettigheder, der er omhandlet i

overenskomsten, på samme betingelser som dem, der gælder for selskaber, der er hjemmehørende i den medlemsstat, der er part i overenskomsten (jf. Saint-Gobain-dommen, præmis 58, og dom af 15.1.2002, sag C-55/00, Gottardo, Sml. I, s. 413, præmis 32).

119 For så vidt angår den foreliggende sag bemærkes, at klausulen vedrørende ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber bl.a. giver USA mulighed for at nægte at godkende ethvert dokument, der indeholder en bemyndigelse, og at give tekniske tilladelser til et luftfartsselskab, der er udpeget af Kongeriget Sverige, men hvor en væsentlig del af ejendomsretten og den effektive kontrol ikke ligger hos svenske eller amerikanske statsborgere, og for at tilbagekalde de nævnte dokumenter og tilladelser, der allerede er udstedt til et sådant selskab.

120 Der er ingen tvivl om, at denne klausul må antages at berøre luftfartsselskaber, der er etableret i Kongeriget Sverige, men som i det væsentlige ejes og kontrolleres enten af en anden medlemsstat end Kongeriget Sverige eller af statsborgere i en sådan medlemsstat (herefter »EF-luftfartsselskaber«).

121 Derimod fremgår det af formuleringen af den pågældende klausul, at USA i princippet er forpligtet til at meddele de krævede bemyndigelser og tekniske tilladelser til luftfartsselskaber, hvor en væsentlig del af ejendomsretten og den effektive kontrol ligger hos Kongeriget Sverige eller svenske statsborgere (herefter »svenske luftfartsselskaber«).

122 Det følger af det anførte, at EF-luftfartsselskaber altid kan udelukkes fra de rettigheder, der følger af luftfartsaftalen mellem Kongeriget Sverige og USA, hvilket derimod ikke er tilfældet for så vidt angår svenske luftfartsselskaber.

EF-luftfartsselskaber er følgelig udsat for en forskelsbehandling, som afskærer dem fra national behandling i værtsmedlemsstaten, dvs. Kongeriget Sverige.

123 Det skal tilføjes, at denne forskelsbehandling ikke skyldes en eventuel adfærd fra USA's side, men den klausul vedrørende ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber, som netop giver USA ret til at udvise en sådan adfærd.

124 Klausulen vedrørende ejendomsretten til og kontrollen med luftfartsselskaber findes herefter at være i strid med traktatens artikel 52.

125 Herefter er det over for Kongeriget Sverige i medfør af traktatens artikel 52 påtalte traktatbrud begrundet.

126 Sammenfattende må det herefter fastslås, at Kongeriget Sverige har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til traktatens artikel 5 og 52 samt forordning nr. 2409/92 og nr. 2299/89, idet det har indgået og uanset genforhandlingen af 1944-aftalen har opretholdt internationale forpligtelser med USA:

— vedrørende priser på ruter inden for Fællesskabet, som anvendes af luftfartsselskaber, der er udpeget af USA

— vedrørende de CRS, der tilbydes til anvendelse eller anvendes på svensk område

— der giver USA ret til at nægte eller tilbagekalde trafikrettighederne i de tilfælde, hvor de luftfartsselskaber, som Kongeriget Sverige har udpeget, ikke ejes af Kongeriget Sverige eller af svenske statsborgere.

## Sagens omkostninger

127 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Kongeriget Sverige tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kongeriget Sverige i det væsentlige har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger.

128 Kongeriget Nederlandene bærer i overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 4, sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) Kongeriget Sverige har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) og EF-traktatens artikel 52 (efter ændring nu artikel 43 EF) samt Rådets forordning (EØF) nr. 2409/92 af 23. juli 1992 om billetpriser og rater inden for luftfart og Rådets forordning (EØF) nr. 2299/89 af 24. juli 1989 om en adfærdskodeks for edb-reservationssystemer, som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 3089/93 af 29. oktober 1993, idet det har indgået og uanset genforhandlingen af luftfartsaftalen af 1944 mellem Kongeriget Sverige og USA har opretholdt internationale forpligtelser med USA:

— vedrørende priser på ruter inden for Fællesskabet, som anvendes af luftfartsselskaber, der er udpeget af USA

— vedrørende de edb-reservationssystemer, der tilbydes til anvendelse eller anvendes på svensk område

— der giver USA ret til at nægte eller tilbagekalde trafikrettighederne i de tilfælde, hvor de luftfartsselskaber, som Kongeriget Sverige har udpeget, ikke ejes af Kongeriget Sverige eller af svenske statsborgere.

2) **I øvrigt frifindes Kongeriget Sverige.**

3) **Kongeriget Sverige betaler sagens omkostninger.**

4) **Kongeriget Nederlandene bærer sine egne omkostninger.**

Puissochet Schintgen Gulmann

Edward La Pergola Jann

Skouris Macken Colneric

von Bahr Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. november 2002.

R. Grass G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær Præsident