DOMSTOLENS DOM

den 5 november 2002 *

I mål C-466/98,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av F. Benyon, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrätt av J.E. Collins, i egenskap av ombud, biträdd av D. Anderson, QC, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

med stöd av

Konungariket Nederländerna, företrätt av M.A. Fierstra och J. van Bakel, båda i egenskap av ombud,

intervenient,

angående en talan om fastställelse av att Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i EG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse) genom att ingå och tillämpa ett avtal om luftfartstjänster, som nämnda stat och Amerikas förenta stater undertecknade den 23 juli 1977 och som gör det möjligt att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i fall där de lufttrafikföretag som Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har utsett inte ägs av sistnämnda stat eller av brittiska medborgare,

meddelar

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden på sjätte avdelningen J.-P. Puissochet, tillförordnad ordförande, avdelningsordföranden R. Schintgen samt domarna C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris (referent), F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: A. Tizzano,

justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein och avdelningschefen D. Louterman-Hubeau,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 8 maj 2001 av: kommissionen, företrädd av F. Benyon, Förenade kungariket, företrätt av J.E. Collins, biträdd av D. Anderson, och Konungariket Nederländerna, företrätt av J. van Bakel, H.G. Sevenster och J. van Haersolte, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 31 januari 2002 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 18 december 1998, med stöd av artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG) väckt talan om fastställelse av att Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i EG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse) genom att ingå och tillämpa ett avtal om luftfartstjänster, som nämnda stat och Amerikas förenta stater undertecknade den 23 juli 1977 och som gör det möjligt att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i fall där de lufttrafikföretag som Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har utsett inte ägs av sistnämnda stat eller av brittiska medborgare.

2 Konungariket Nederländerna tilläts genom beslut av domstolens ordförande av den 8 juli 1999 intervenera till stöd för Förenade kungarikets yrkanden.

Bakgrund till tvisten

3 Mot slutet av andra världskriget eller efter detta ingick flera stater, vilka därefter har blivit medlemmar av gemenskapen, däribland Förenade kungariket, bilaterala avtal på luftfartsområdet med Amerikas förenta stater.

4 Det första Bermudaavtalet (nedan kallat Bermuda I-avtalet) är ett sådant bilateralt avtal, som Förenade kungariket första gången ingick med Amerikas förenta stater år 1946. Avtalet innehöll bland annat en artikel 6, där följande angavs: "Respektive avtalspart förbehåller sig rätt att tillfälligt dra in eller återkalla de rättigheter som anges i bilagan till detta avtal för ett flygbolag som den andra avtalsparten har utsett, om den finner att villkoret att en väsentlig del av äganderätten till flygbolaget innehas av och den effektiva kontrollen av detsamma utövas av medborgare i en av de avtalsslutande staterna inte är uppfyllt..."

5 Därefter ersattes Bermuda I-avtalet med det andra Bermudaavtalet (nedan kallat Bermuda II-avtalet) med verkan från den 23 juli 1977, då det undertecknades och trädde i kraft. I artikel 5 i Bermuda II-avtalet anges följande:

"1) Respektive avtalspart kan återkalla, tillfälligt dra in, begränsa eller villkora ett av den andra avtalsparten utsett flygbolags operativa licenser eller tekniska tillstånd i ett fall där

a) flygbolaget inte huvudsakligen ägs och effektivt kontrolleras av den avtalspart som har utsett flygbolaget eller av nämnda parts medborgare,

...

2) ... dessa rättigheter kan endast utövas i samförstånd med den andra avtalsparten."

6 Enligt artikel 3.6 i Bermuda II-avtalet är dessutom respektive avtalspart skyldig att bevilja ett flygbolag lämpliga operativa licenser och tekniska tillstånd om vissa villkor är uppfyllda, bland annat villkoret att detta flygbolag huvudsakligen ägs och effektivt kontrolleras av den avtalspart som har utsett flygbolaget eller nämnda parts medborgare.

7 Det framgår av handlingarna i målet att Amerikas förenta stater år 1992 tog initiativet till att föreslå olika europeiska stater att ingå ett bilateralt så kallat open skies-avtal med Amerikas förenta stater. Under åren 1993 och 1994 förstärkte Amerikas förenta stater sina ansträngningar för att ingå sådana avtal med så många europeiska stater som möjligt.

8 I en skrivelse av den 17 november 1994 till medlemsstaterna fäste kommissionen staternas uppmärksamhet på sådana bilaterala avtals negativa effekter för gemenskapen och intog den ståndpunkten att sådana avtal skulle inverka på gemenskapens interna bestämmelser. Kommissionen tillade att förhandlingar om sådana avtal, för att vara effektiva och rättsligt giltiga, endast kunde föras på gemenskapsnivå.

9 Mot bakgrund av denna skrivelse bad kommissionen genom en skrivelse av den 20 april 1995 Förenade kungarikets regering att förbinda sig att inte förhandla om, parafera, ingå eller ratificera något bilateralt avtal med Amerikas förenta stater. Förenade kungariket fortsatte dock att förhandla om ett avtal med Amerikas förenta stater och ingick ett avtal med sistnämnda stat den 5 juni 1995.

Bakgrunden och det administrativa förfarandet

10 Den 17 juli 1995 sände kommissionen en formell underrättelse till Förenade kungariket, i vilken den bland annat uppgav att de trafikrättigheter som Amerikas förenta stater hade beviljat Förenade kungariket enligt deras avtal såvitt kommissionen hade förstått skulle beviljas på grundval av trafikföretagens nationalitet. Detta utgjorde enligt kommissionen ett åsidosättande av artikel 52 i fördraget. Bland de lufttrafikföretag som hade fått en licens av Förenade kungariket enligt rådets förordning (EEG) nr 2407/92 av den 23 juli 1992 om utfärdande av tillstånd för lufttrafikföretag (EGT L 240, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 116) skulle nämligen de som var etablerade i Förenade kungariket och som ägdes och kontrollerades av medborgare i en annan medlemsstat komma att nekas trafikrättigheter till Amerikas förenta stater enligt nämnda avtal, medan de som ägdes och kontrollerades av brittiska medborgare skulle komma att beviljas sådana rättigheter.

11 Förenade kungariket besvarade kommissionens formella underrättelse genom en skrivelse av den 13 september 1995. Av denna skrivelse framgår att Förenade

kungariket och Amerikas förenta stater kom överens om att ändra Bermuda II-avtalet genom det avtal som ingicks den 5 juni 1995. Vad beträffar artikel 52 i fördraget uppgav Förenade kungariket att Bermuda II-avtalets bestämmelse om ägande och kontroll av lufttrafikföretag inte hade ändrats genom avtalet av den 5 juni 1995. Bestämmelsen innehöll enligt Förenade kungariket inget förbud för de brittiska myndigheterna mot att utse lufttrafikföretag som varken ägs eller kontrolleras av brittiska medborgare. Den gav endast Amerikas förenta stater möjlighet att vägra godta de företag som Förenade kungariket utsett, varvid Förenade kungariket skulle ha möjlighet att begära samråd.

12 Till svar riktade kommissionen den 16 mars 1998 ett motiverat yttrande till Förenade kungariket, i vilket den uppgav att Förenade kungariket hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i fördraget genom att ingå Bermuda II-avtalet med Amerikas förenta stater och genom att tillämpa nämnda avtal, enligt vilket det är möjligt att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i fall där de lufttrafikföretag som Förenade kungariket har utsett inte ägs av Förenade kungariket eller av brittiska medborgare. Kommissionen uppmanade nämnda medlemsstat att följa det motiverade yttrandet inom två månader från delgivningen av yttrandet.

13 Förenade kungariket svarade i en skrivelse av den 19 juni 1998 att den omtvistade bestämmelsen i Bermuda II-avtalet endast var en bestämmelse i Bermuda I-avtalet, vilket ingicks innan staten anslöt sig till Europeiska gemenskaperna, som åter skrevs in. Den omtvistade rättighet som Amerikas förenta stater åtnjöt enligt Bermuda II-avtalet hade således enligt Förenade kungariket sitt ursprung i Bermuda I-avtalet och bibehölls med stöd av artikel 234 i EG-fördraget (nu artikel 307 EG i ändrad lydelse).

14 Eftersom kommissionen inte lät sig övertygas av Förenade kungarikets argument, har kommissionen väckt talan i förevarande mål.

Talan

15 Kommissionen har genom talan i förevarande mål gjort gällande att Förenade kungariket har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i fördraget genom att ingå och tillämpa Bermuda II-avtalet, som innehåller ovannämnda bestämmelse om ägande och kontroll av lufttrafikföretag.

16 Förenade kungariket har till sitt försvar anfört att Amerikas förenta staters rätt att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i fall där de lufttrafikföretag som Förenade kungariket har utsett inte ägs av sistnämnda stat eller av brittiska medborgare omfattas av artikel 234 i fördraget och således kan bibehållas med stöd av nämnda artikel. Vidare har Förenade kungariket bestridit såväl att artikel 52 i fördraget är tillämplig i förevarande fall som att artikeln har åsidosatts. Slutligen har Förenade kungariket anfört att bestämmelsen om ägande och kontroll av lufttrafikföretag i vart fall kan anses motiverad enligt artikel 56 i EG-fördraget (nu artikel 46 EG i ändrad lydelse).

Frågan huruvida artikel 234 i fördraget är tillämplig

Parternas argument

17 Förenade kungarikets regering har gjort gällande att artikel 234 i fördraget inte endast skyddar avtal som medlemsstaterna har ingått innan fördraget trädde i kraft i nämnda stater, utan även omfattar rättigheter och skyldigheter som följer av sådana avtal. Frågan huruvida ett avtal som har ingåtts före anslutningen har ändrats, eller till och med ersatts, sedan medlemsstaten anslöt sig till gemen-

skapen är enligt Förenade kungarikets regering av underordnat intresse. Artikel 234 i fördraget är sålunda inte tillämplig på rättigheter och skyldigheter i ett avtal efter det att avtalet har upphört att gälla, förutom i fall där rättigheter och skyldigheter med samma innehåll i sak har bibehållits oavbrutet i ett nytt avtal.

18 Så är enligt Förenade kungariket fallet i förevarande mål. Bermuda II-avtalet ingicks visserligen år 1977, det vill säga fyra år efter det att EEG-fördraget trädde i kraft i Förenade kungariket, men Amerikas förenta staters rättighet enligt artikel 5 i Bermuda II-avtalet fanns, med avseende på reguljära flyglinjer, ursprungligen enligt artikel 6 i Bermuda I-avtalet, och rättigheten har inte ändrats i sak sedan dess. Formuleringarna i de båda artiklarna är visserligen inte helt identiska, eftersom de återspeglar de olika strukturerna i de båda Bermuda I- och II-avtalen, men artikel 6 i Bermuda I-avtalet och artikel 5 i Bermuda II-avtalet är identiska i sak vid tillämpning på reguljära luftfartstjänster, vilket bevisar att det finns en rättslig kontinuitet mellan de två avtalen. Även om det finns en skillnad i sak mellan Bermuda I-avtalets verkningar och Bermuda II-avtalets verkningar på så sätt att sistnämnda avtal även är tillämpligt på charterflyg, är denna skillnad inte någon principiell skillnad mellan de två avtalen, utan en ändring genomförd som en anpassning till chartertjänsternas ökade betydelse.

19 Även den nederländska regeringen har gjort gällande att artikel 234 i fördraget är tillämplig i förevarande fall. Nämnda regering har anfört att Förenade kungarikets ändringar av Bermuda II-avtalet genom avtalet av den 5 juni 1995 inte kan betraktas som ett nytt avtal, eftersom det framgår att det endast är ändringarna av bilaga I till Bermuda II-avtalet avseende trafikrättigheter som utgör ändringar i sak.

20 Kommissionen har bestridit Förenade kungarikets argument. Den har anfört att artikel 234 i fördraget för Förenade kungarikets del endast är tillämplig på avtal som staten ingick innan den anslöt sig till gemenskapen den 1 januari 1973,

medan Bermuda II-avtalet ingicks senare, nämligen år 1977. Eftersom artikel 234 är ett undantag från fördragets bestämmelser, skall den enligt kommissionen tolkas restriktivt. Det framgår inte på något sätt av nämnda bestämmelse att den är tillämplig på rättigheter och skyldigheter som har ingått i avtal som har varit i kraft vid en viss tidpunkt även om avtalen senare har upphört att gälla. Även om rättigheterna och skyldigheterna åter skrivs in i ett senare avtal, kan detta inte anses motivera påståendet att det ursprungliga avtalet i en viss bemärkelse fortsätter att gälla.

21 I förevarande fall angavs det klart i sista skälet i Bermuda II-avtalet att det ingicks "för att ersätta" Bermuda I-avtalet, varför alla möjligheter att tillämpa artikel 234 i fördraget upphörde i och med sistnämnda avtal. En bestämmelse i Bermuda I-avtalet, vars lydelse för övrigt ändrades när den infördes i Bermuda II-avtalet, kan därför omöjligen omfattas av artikel 234 i fördraget.

Domstolens bedömning

22 Enligt artikel 234 första stycket i fördraget skall de rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts innan fördraget trädde i kraft mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder inte påverkas av bestämmelserna i fördraget. Enligt artikel 234 andra stycket är medlemsstaterna dock skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att i sådana avtal undanröja det som eventuellt är oförenligt med fördraget.

23 Artikel 234 i fördraget har allmän räckvidd och gäller för alla internationella avtal som kan inverka på tillämpningen av fördraget, oberoende av avtalets syfte (se dom av den 14 oktober 1980 i mål 812/79, Burgoa, REG 1980, s. 2787, punkt 6, svensk specialutgåva, volym 5, s. 313, av den 2 augusti 1993 i mål C-158/91, Levy, REG 1993, s. I-4287, punkt 11, svensk specialutgåva, volym 14, s. 295, och av den 4 juli 2000 i mål C-62/98, kommissionen mot Portugal, REG 2000, s. I-5171, punkt 43).

24 Såsom framgår av punkt 8 i domen i det ovannämnda målet Burgoa är syftet med artikel 234 första stycket i fördraget att i enlighet med folkrättens principer (se i detta avseende artikel 30.4 b i konventionen om traktaträtten, som undertecknades i Wien den 23 maj 1969) klargöra att tillämpningen av fördraget inte påverkar den berörda medlemsstatens åtagande att iaktta de rättigheter för tredje land som följer av ett tidigare avtal och fullgöra sina skyldigheter enligt detta avtal.

25 Enligt artikel 5 i akten om villkoren för Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands anslutning och om anpassningarna av fördragen (EGT L 73, 1972, s. 14) skall artikel 234 i fördraget tillämpas på avtal och konventioner som Förenade kungariket har ingått före anslutningen, det vill säga före den 1 januari 1973.

26 Amerikas förenta staters och Förenade kungarikets rättigheter och skyldigheter enligt bestämmelsen om ägande och kontroll av lufttrafikföretag följer dock inte av ett tidigare avtal, utan av ett avtal som har tillkommit efter det att Förenade kungariket anslöt sig till Europeiska gemenskaperna, nämligen Bermuda II-avtalet, som ingicks år 1977.

27 Artikel 234 i fördraget är således inte tillämplig i föreliggande fall.

28 Ovanstående konstaterande motsägs inte av att redan Bermuda I-avtalet, som ingicks innan Förenade kungariket anslöt sig till Europeiska gemenskaperna och var i kraft fram till år 1977, innehöll en bestämmelse med liknande lydelse.

29 Bermuda II-avtalet ingicks nämligen enligt det sista skälet i avtalet "för att ersätta" Bermuda I-avtalet, bland annat med hänsyn till utvecklingen av trafikrättigheterna mellan avtalsparterna. Bermuda II-avtalet gav således upphov till nya rättigheter och skyldigheter mellan parterna. Under dessa omständigheter är det sedan Bermuda II-avtalet trädde i kraft uteslutet att hänföra Förenade kungarikets och Amerikas förenta staters rättigheter och skyldigheter enligt Bermuda II-avtalets bestämmelse om ägande och kontroll av lufttrafikföretag till Bermuda I-avtalet.

30 Domstolen skall således pröva om innehållet i nämnda bestämmelse, såsom kommissionen har gjort gällande, strider mot artikel 52 i fördraget.

Åsidosättande av artikel 52 i fördraget

Parternas argument

31 Kommissionen har gjort gällande att transportsektorn varken tillfälligt eller permanent är undantagen från tillämpningsområdet för artikel 52 i fördraget — till skillnad från tillämpningsområdet för artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) avseende friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen, från vilket nämnda sektor uttryckligen är undantagen enligt artikel 61 i EG-fördraget (nu artikel 51 EG i ändrad lydelse). Artikel 52 i fördraget är tillämplig på samtliga sektorer, inklusive luftfartssektorn, och är även tillämplig på andra områden som omfattas av medlemsstaternas behörighet, eftersom den är en grundläggande bestämmelse i fördraget (se dom av den 25 juli 1991 i mål C-221/89, Factortame m.fl., REG 1991, s. I-3905, svensk specialutgåva, volym 11, s. 313, av den 12 juni 1997 i mål C-151/96, kommissionen mot Irland, REG 1997, s. I-3327, av den 12 maj 1998 i mål C-336/96, Gilly, REG 1998, s. I-2793, av den 24 november 1998 i mål C-274/96, Bickel och Franz, REG 1998, s. I-7637, och av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros, REG 1999, s. I-1459).

32 I förevarande fall strider artikel 5 i Bermuda II-avtalet enligt kommissionen mot artikel 52 i fördraget, eftersom förstnämnda artikel gör det möjligt för Amerikas förenta stater att vägra att utfärda operativa licenser eller tekniska tillstånd för av Förenade kungariket utsedda flygbolag som inte till en väsentlig del ägs och effektivt kontrolleras av Förenade kungariket eller av brittiska medborgare eller återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa operativa licenser eller tekniska tillstånd som sådana flygbolag redan har beviljats. Artikel 5 i nämnda avtal hindrar nämligen ett flygbolag som ägs eller kontrolleras av en annan medlemsstat än Förenade kungariket eller av medborgare i en sådan medlemsstat och som är etablerat i Förenade kungariket från att behandlas på samma sätt som flygbolag som ägs och kontrolleras av Förenade kungariket eller av brittiska medborgare.

33 I motsats till vad Förenade kungariket har gjort gällande saknar Amerikas förenta staters agerande enligt kommissionens uppfattning relevans i förevarande mål. Artikel 52 i fördraget har nämligen åsidosatts genom att Förenade kungariket har beviljat Amerikas förenta stater de rättigheter som följer av artikel 5 i Bermuda II-avtalet, vilket Förenade kungariket har förhandlat om och ingått.

34 Förenade kungariket har inledningsvis gjort gällande att artikel 52 i fördraget inte kan omfatta ett slags handel med tredje länder, nämligen luftfart utanför gemenskapen, som gemenskapen aldrig har lagstiftat om. Den enda ekonomiska verksamhet som artikel 5 i Bermuda II-avtalet kan inverka på bedrivs dessutom huvudsakligen utanför gemenskapen.

35 Även om artikel 52 i fördraget är tillämplig, anser sig Förenade kungariket inte på något sätt ha åsidosatt artikeln. För det första har Förenade kungariket ingen möjlighet enligt artikel 5 i Bermuda II-avtalet att på något sätt diskriminera andra gemenskapsflygbolag på grund av vem som äger eller kontrollerar flygbolagen, vare sig med avseende på deras etablering i Förenade kungariket eller med avseende på designeringen av dem. För det andra har Amerikas förenta stater ett fritt val att neka flygbolag som inte kontrolleras eller ägs av Förenade kungariket

eller av brittiska medborgare trafikrättigheter, och Förenade kungariket kan inte påverka Amerikas förenta stater i detta val eller förbjuda det. Amerikas förenta staters rätt att utöva sådan diskriminering har nämligen inte sin grund i Bermuda I- och II-avtalen, varför Förenade kungariket inte kan hållas ansvarigt för att ha skrivit under och tillämpat ett avtal som tillåter diskrimineringen. Tredje länders myndigheters eventuella diskriminering av gemenskapsmedborgare hör inte till sådana kränkningar som artikel 52 i fördraget syftar till att förbjuda.

36 Vid förhandlingen har Förenade kungariket i detta avseende åberopat dom av den 21 september 1999 i mål C-307/97, Saint-Gobain ZN (REG 1999, s. I-6161, punkterna 59 och 60), av vilken det enligt Förenade kungariket framgår att en medlemsstat, även om den enligt artikel 52 i fördraget kan vara skyldig att ensidigt ändra sin lagstiftning för att inte diskriminera ett företag från en annan medlemsstat som är etablerat i förstnämnda medlemsstat, däremot inte enligt samma artikel kan vara skyldig att ändra redan ingångna avtal med tredje länder och ålägga dem nya skyldigheter. Det är emellertid vad kommissionen begär att Förenade kungariket skall göra i förevarande fall avseende tillstånd som Amerikas förenta stater utfärdar, vilka dessutom gäller användning av Amerikas förenta staters eget luftrum.

37 Slutligen har kommissionen enligt Förenade kungarikets regering inte anfört något exempel på något gemenskapsflygbolag som har lidit skada på grund av att bestämmelsen om ägande och kontroll av lufttrafikföretag har tillämpats.

38 Även den nederländska regeringen har gjort gällande att Förenade kungariket inte har åsidosatt artikel 52 i fördraget.

Domstolens bedömning

39 Vad beträffar frågan huruvida artikel 52 i fördraget är tillämplig i förevarande fall noterar domstolen inledningsvis att denna bestämmelse, som Förenade kungariket klandras för att ha åsidosatt, är tillämplig på luftfartsområdet.

40 Även om fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster enligt artikel 61 i fördraget inte skall tillämpas på tjänster på transportområdet, eftersom dessa tjänster regleras av bestämmelserna i avdelningen om transporter, finns det nämligen ingen artikel i fördraget som stadgar att fördragets bestämmelser om etableringsfrihet inte skall tillämpas på transporter.

41 Domstolen konstaterar vidare att frågan huruvida artikel 52 i fördraget skall tillämpas i ett visst fall inte beror på huruvida gemenskapen har lagstiftat på det område som berörs av den verksamhet som utövas, utan huruvida den situation som skall bedömas omfattas av gemenskapsrätten. Även om ett område omfattas av medlemsstaternas behörighet, skall medlemsstaterna inte desto mindre iaktta gemenskapsrätten när de utövar sin behörighet (se domen i det ovannämnda målet Factortame m.fl., punkt 14, dom av den 14 januari 1997 i mål C-124/95, Centro-Com, REG 1997, s. I-81, punkt 25, och av den 16 juli 1998 i mål C-264/96, ICI, REG 1998, s. I-4695, punkt 19).

42 Även om Förenade kungarikets påstående att gemenskapen inte har lagstiftat på området för luftfart utanför gemenskapen hade kunnat styrkas, skulle det således inte med framgång ha kunnat åberopas till stöd för att artikel 52 i fördraget inte är tillämplig på detta område.

43 Samma sak gäller slutligen för Förenade kungarikets påstående att den enda ekonomiska verksamhet som artikel 5 i Bermuda II-avtalet kan inverka på huvudsakligen bedrivs utanför gemenskapen. Alla bolag som är etablerade i en medlemsstat i den mening som avses i artikel 52 i fördraget omfattas nämligen av bestämmelsen, även om föremålet för deras verksamhet i medlemsstaten är tjänster till tredje länder.

44 Vad beträffar frågan huruvida Förenade kungariket har gjort sig skyldigt till åsidosättande av artikel 52 i fördraget erinrar domstolen om att etableringsfriheten enligt nämnda artikel innefattar en rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt en rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag såsom de definieras i artikel 58 andra stycket i EG-fördraget (nu artikel 48 andra stycket EG), på de villkor som etableringsstatens lagstiftning föreskriver för egna medborgare.

45 Artiklarna 52 och 58 i fördraget säkerställer sålunda att gemenskapsmedborgare som utnyttjat etableringsfriheten och därmed likställda bolag behandlas som inhemska rättssubjekt i värdmedlemsstaten (se domen i det ovannämnda målet Saint-Gobain ZN, punkt 35), såväl med avseende på rätten att starta yrkesverksamhet när personen först etablerar sig som med avseende på utövandet av denna verksamhet av den person som är etablerad i värdmedlemsstaten.

46 Domstolen har sålunda slagit fast att en medlemsstat som är part i ett internationellt bilateralt avtal som ingåtts med ett tredje land för att undvika dubbelbeskattning enligt principen om nationell behandling skall bevilja fasta driftställen som tillhör bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat de förmåner som föreskrivs i avtalet under samma förutsättningar som gäller för bolag som har sitt säte i den medlemsstat som är part i avtalet (se domen i det ovannämnda målet Saint-Gobain ZN, punkt 59, och dom av den 15 januari 2002 i mål C-55/00, Gottardo, REG 2002, s. I-413, punkt 32).

47 I förevarande fall gör artikel 5 i Bermuda II-avtalet det bland annat möjligt för Amerikas förenta stater att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa operativa licenser eller tekniska tillstånd för ett flygbolag som Förenade kungariket har utsett men som inte till en väsentlig del ägs eller effektivt kontrolleras av denna medlemsstat eller av brittiska medborgare.

48 Det råder inga tvivel om att denna bestämmelse kan påverka flygbolag som är etablerade i Förenade kungariket och som till en väsentlig del ägs och effektivt kontrolleras antingen av en annan medlemsstat än Förenade kungariket eller av medborgare i en sådan medlemsstat (nedan kallade gemenskapsflygbolag).

49 Det framgår i gengäld av artikel 3.6 i Bermuda II-avtalet att Amerikas förenta stater i princip är skyldigt att bevilja flygbolag som till en väsentlig del ägs och effektivt kontrolleras av Förenade kungariket eller brittiska medborgare (nedan kallade brittiska flygbolag) lämpliga operativa licenser och erforderliga tekniska tillstånd.

50 Av det anförda följer att gemenskapsflygbolagen alltid kan undantas från rätten att åtnjuta förmånerna enligt Bermuda II-avtalet, medan brittiska flygbolag däremot åtnjuter dessa förmåner. Gemenskapsflygbolagen utsätts därigenom för en diskriminering som hindrar dem från att behandlas som inhemska rättssubjekt i värdmedlemsstaten, det vill säga Förenade kungariket.

51 I motsats till vad Förenade kungariket har gjort gällande beror denna diskriminering inte direkt på Amerikas förenta staters eventuella agerande, utan direkt på artikel 5 i Bermuda II-avtalet, som ger Amerikas förenta stater rätt att agera just på ett sådant sätt.

52 Förenade kungariket har således underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i fördraget genom att ingå och tillämpa nämnda avtal.

53 Ovanstående konstaterande motsägs inte av Förenade kungarikets argument avseende domstolens resonemang i punkterna 59 och 60 i domen i det ovannämnda målet Saint-Gobain ZN.

54 I nämnda punkter konstaterade domstolen endast att Förbundsrepubliken Tyskland ensidigt kunde fatta beslut om att utvidga en skatteförmån enligt ett bilateralt internationellt avtal mellan Förbundsrepubliken Tyskland och ett tredje land till att även gälla för fasta driftställen som tillhör bolag med säte i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland utan att på något sätt äventyra det tredje landets rättigheter enligt avtalet och utan att ålägga det tredje landet några nya skyldigheter. Detta innebär dock inte att domstolen, i ett fall där åsidosättandet av gemenskapsrätten är en direkt följd av en bestämmelse i ett bilateralt internationellt avtal som en medlemsstat har ingått efter det att den anslöt sig till gemenskapen, är förhindrad att konstatera åsidosättandet för att inte äventyra de rättigheter som tredje länder åtnjuter just på grund av den bestämmelse som strider mot gemenskapsrätten.

Motiveringen med stöd av artikel 56 i fördraget

Parternas argument

55 Även om det har förekommit en diskriminering som vid första påseendet framstår som oförenlig med artikel 52 i fördraget, måste denna diskriminering enligt Förenade kungariket anses vara motiverad med hänsyn till allmän ordning i

enlighet med artikel 56 i fördraget. Förenade kungariket har särskilt gjort gällande att staten med hänsyn till allmän ordning måste få behålla rätten att återkalla, tillfälligt dra in, begränsa eller villkora operativa licenser eller tekniska tillstånd för ett flygbolag som Amerikas förenta stater har utsett, men som ägs och effektivt kontrolleras av andra tredje länder eller av medborgare i andra tredje länder. Om kommissionens inställning godtogs skulle medlemsstaterna mista sin behörighet att begränsa tillträdet för de flygbolag som Amerikas förenta stater väljer att utse. Konsekvenserna av att mista en sådan behörighet är inte bara ekonomiska, utan inbegriper även utrikespolitiska aspekter och trygghets- och säkerhetsaspekter.

56 Kommissionen har gjort gällande att möjligheten enligt artikel 56 i fördraget att göra undantag med hänsyn till allmän ordning avser ett undantag från en grundläggande frihet och således skall tolkas restriktivt (se dom av den 10 juli 1986 i mål 79/85, Segers, REG 1986, s. 2375). Denna undantagsmöjlighet kan aldrig åberopas för att uppnå ekonomiska syften (dom av den 26 april 1988 i mål 352/85, Bond van Adverteerders m.fl., REG 1988, s. 2085; svensk specialutgåva, volym 9, s. 449). Dessutom framgår det av bestämmelserna i rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (EGT 56, 1964, s. 850; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 28) att hänsyn till allmän ordning skall grunda sig på en persons uppförande, och inte enbart på en allmän inställning. Mot bakgrund av nämnda bestämmelser synes artikel 5 i Bermuda II-avtalet, enligt vilken en hel kategori av aktörer diskrimineras, enligt kommissionens mening inte kunna motiveras med hänsyn till allmän ordning enligt artikel 56 i fördraget.

Domstolens bedömning

57 Domstolen erinrar om att allmän ordning i den mening som avses i artikel 56 i fördraget enligt fast rättspraxis endast kan åberopas med framgång om en diskriminerande åtgärd behövs för att möta ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau, REG 1977,

s. 1999, punkt 35, svensk specialutgåva, volym 3, s. 459, av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien, REG 1998, s. I-6717, punkt 46, och av den 19 januari 1999 i mål C-348/96, Calfa, REG 1999, s. I-11, punkt 21). Härav följer att det måste finnas ett direkt samband mellan hotet, som för övrigt måste vara aktuellt, och den diskriminerande åtgärd som har vidtagits för att möta hotet (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Bond van Adverteerders m.fl., punkt 36, och Calfa, punkt 24).

58 I förevarande fall konstaterar domstolen att möjligheten att neka ett av den andra parten utsett flygbolag erforderliga operativa licenser eller tekniska tillstånd enligt artikel 5 i Bermuda II-avtalet inte är begränsad till att endast gälla för det fall flygbolaget utgör ett hot mot allmän ordning för den part som utfärdar nämnda licenser och tillstånd.

59 I vart fall finns det inget direkt samband mellan å ena sidan ett sådant hot för Förenade kungarikets allmänna ordning som skulle kunna uppkomma genom att Amerikas förenta stater utser ett flygbolag, vilket dessutom är hypotetiskt, och å andra sidan den allmänt tillämpade diskrimineringen av gemenskapsflygbolag.

60 Förenade kungarikets motivering med stöd av artikel 56 i fördraget kan således inte godtas.

61 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar domstolen att Förenade kungariket har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i fördraget genom att ingå och tillämpa ett avtal om luftfartstjänster, som nämnda stat och Amerikas förenta stater undertecknade den 23 juli 1977 och som gör det möjligt för detta tredje land att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i fall där de lufttrafikföretag som Förenade kungariket har utsett inte ägs av sistnämnda stat eller av brittiska medborgare.

Rättegångskostnader

62 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Förenade kungariket skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förenade kungariket har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

63 Enligt artikel 69.4 i rättegångsreglerna skall Konungariket Nederländerna bära sin rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande dom:

1) **Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 52 i EG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse) genom att ingå och tillämpa ett avtal om luftfartstjänster, som nämnda stat och Amerikas förenta stater undertecknade den 23 juli 1977**

och som gör det möjligt för detta tredje land att återkalla, tillfälligt dra in eller begränsa trafikrättigheter i fall där de lufttrafikföretag som Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har utsett inte ägs av sistnämnda stat eller av brittiska medborgare.

2) Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland skall ersätta rättegångskostnaderna.

3) Konungariket Nederländerna skall bära sin rättegångskostnad.

Puissochet	Schintgen	Gulmann
Edward	La Pergola	Jann
Skouris	Macken	Colneric
von Bahr	Cunha Rodrigues	

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 5 november 2002.

R. Grass
Justitiesekreterare

G.C. Rodríguez Iglesias
Ordförande