FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 19. oktober 2000 [1]

1. Den Portugisiske Republik har nedlagt påstand om annullation af en beslutning truffet af Kommissionen på grundlag af EF-traktatens artikel 90, stk. 3 (nu artikel 86, stk. 3, EF), hvori den vurderede, at den af den offentlige virksomhed, der driver de portugisiske lufthavne på fastlandet, anvendte ordning for lufthavnsafgifter udgør en foranstaltning, der er uforenelig med traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med traktatens artikel 86 (nu artikel 82 EF).

Den retlige ramme

2. Det portugisiske lovdekret nr. 102/90 af 21. marts 1990 bestemmer i artikel 18, at luftfartsafgifterne i de lufthavne, der drives af Aeroportos e Navegaçao Aérea/Empresa Publica (offentlig lufthavns- og lufttrafikkontrolvirksomhed, herefter »ANA-EP«) fastsættes ved ministeriel bekendtgørelse. Ifølge denne artikels stk. 3 kan afgifternes størrelse variere alt efter lufthavnens kategori, funktion og udnyttelsesgrad.

3. Lovdekret nr. 38/91 af 29. juli 1991 fastsætter de nærmere betingelser for opkrævningen af landingsafgifter. I henhold til artikel 4, stk. 1, betales der en landingsafgift ved hver landing, og den beregnes på grundlag af den i luftdygtighedsbeviset angivne maksimale last ved start. Artikel 4, stk. 5, bestemmer, at indenrigsflyvninger er berettiget til en rabat på 50%.

4. Hvert år offentliggør regeringen en bekendtgørelse, der indeholder en ajourføring af afgifterne. I henhold til en rabatordning, der i overensstemmelse med artikel 3 i lovdekret nr. 102/90 blev indført ved ministeriel bekendtgørelse nr. 352/98 af 23. juni 1998, ydes der en rabat på 7,2% i Lissabons lufthavn (18,4% i de øvrige lufthavne) efter den 50. landing i en given måned. Efter 100 landinger og 150 landinger ydes der en rabat på henholdsvis 14,6% og 22,5% i Lissabon (24,4% og 31,4% i de øvrige lufthavne). Efter 200 landinger ydes der en rabat på 32,7% i Lissabon (40,6% i de øvrige lufthavne).

5. ANA-EP er en offentlig virksomhed, der står for driften af de tre lufthavne på det portugisiske fastland (Lissabon, Faro og Porto), som er genstand for den anfægtede beslutning.

1 — Originalsprog: portugisisk.

Faktiske omstændigheder og den anfægtede beslutning

6. Ved skrivelse af 2. december 1996 meddelte Kommissionen Den Portugisiske Republik, at den havde indledt en undersøgelse af rabatordningerne for landingsafgifter i medlemsstaternes lufthavne. Kommissionen anmodede de portugisiske myndigheder om at fremsende alle oplysninger om den portugisiske lovgivning, der fandt anvendelse på landingsafgifter, med henblik på at kunne vurdere, om de ydede rabatter er forenelige med Fællesskabets konkurrenceregler.

7. Efter at Kommissionen havde modtaget de oplysninger, den havde anmodet om, underrettede den ved skrivelse af 28. april 1997 de portugisiske myndigheder om, at den var af den opfattelse, at den rabatordning for landingsafgifter, der var gældende i de portugisiske lufthavne, der blev drevet af ANA-EP, var diskriminerende. Kommissionen anmodede den portugisiske regering om at blive orienteret om de foranstaltninger, regeringen påtænkte at træffe i denne forbindelse, og om at fremkomme med sine bemærkninger. Indholdet af denne skrivelse blev meddelt ANA-EP og de portugisiske luftfartsselskaber TAP og Portugalia med henblik på, at de også kunne fremkomme med deres bemærkninger.

8. Den Portugisiske Republik gjorde i sit svar af 3. oktober 1997 for det første gældende, at differentieringen af afgifterne alt efter flyvningens afgangsland var begrundet i, at en del af indenrigsselskaberne beflyver lufthavne på øer, hvor der ikke findes noget alternativ til lufttransport, og at de øvrige indenrigsflyvninger er meget korte og billige. For det andet hævdede den, at den gældende ordning for landingsafgifter opfyldte hensynene til den økonomiske og sociale samhørighed. Endelig gjorde republikken for så vidt angår udenrigsflyvninger gældende, at de portugisiske lufthavne var udsat for konkurrence fra lufthavnene i Madrid og Barcelona (Spanien), der benytter en tilsvarende afgiftsordning. I øvrigt hævdede Den Portugisiske Republik, at den gældende ordning havde til formål at øge de stordriftsfordele, der følger af en mere intensiv udnyttelse af lufthavnene, og at promovere Portugal som turistmål.

9. ANA-EP anførte i sit svar til Kommissionen, at den omtvistede afgiftsordning begrundes i nødvendigheden af, at der anvendes en afgiftspolitik, der svarer til den, der anvendes i lufthavnene i Madrid og Barcelona, og i hensynet til at reducere driftsomkostningerne for de luftfartsselskaber, der hyppigst og mest regelmæssigt benytter de af virksomheden drevne lufthavne.

10. Efter en ny udveksling af skrivelser mellem Den Portugisiske Republik og Kommissionen vedtog Kommissionen den 10. februar 1999 beslutning 1999/199/EF[2]. I denne beslutning fastslog Kommissionen i det væsentligste følgende:

— ANA-EP er en offentlig virksomhed i traktatens artikel 90, stk. 1's forstand,

2 — Beslutning om en procedure i henhold til traktatens artikel 90 (IV/35.703 — portugisiske lufthavne) (EFT L 69, s. 31).

der er indehaver af eneretten til drive lufthavnene i Lissabon, Porto og Faro samt de fire lufthavne på Azorerne.

— ANA-EP's afgiftspolitik hviler på lovbestemmelser og bekendtgørelser, der udgør en statslig foranstaltning som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1.

— De relevante markeder er markederne for de tjenesteydelser, der er knyttet til adgangen til lufthavnsfaciliteterne for hver af de syv lufthavne, der drives af ANA-EP.

— Da størstedelen af trafikken i de tre lufthavne på fastlandet (Lissabon, Porto og Faro) består i flyvninger mellem Portugal og andre medlemsstater, påvirker den omhandlede afgiftsordning samhandelen mellem medlemsstaterne. Dette gælder derimod ikke for så vidt angår de fire lufthavne på Azorerne, hvor trafikken udelukkende er indenrigsflyvninger eller flyvninger fra tredjelande.

— De tre lufthavne på fastlandet har alle en betydelig trafik, og de dækker hele det portugisiske fastland, hvorfor disse lufthavne, der sikrer forbindelsen til andre EF-lufthavne, tilsammen udgør en væsentlig del af fællesmarkedet.

— ANA-EP, der har en eksklusiv rettighed i hver af de lufthavne, som virksomheden driver, indtager en dominerende stilling på markedet for tjenesteydelser, der leveres i tilknytning til flyvemaskiners start og landing, for hvilke der opkræves en afgift.

— Den omtvistede ordning med landingsafgifter bevirker, at der over for luftfartsselskaberne anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, hvorved de stilles ringere i konkurrencen.

— På den ene side medfører den frekvensbaserede mængderabatordning, at der indrømmes de portugisiske selskaber TAP og Portugalia en gennemsnitlig rabatsats på henholdsvis 30% og 22% på samtlige deres flyvninger, mens denne sats varierer mellem 1% og 8% for selskaber fra de andre medlemsstater. Der findes ingen objektiv begrundelse for denne forskelsbehandling, idet fly modtager samme betjening ved start og landing, uanset hvilket selskab de tilhører, og uanset det antal fly der tilhører et og samme selskab. I øvrigt kan hverken den omstændighed, at de konkurrerende lufthavne i Madrid og

Barcelona har indført en lignende ordning, eller formålet med at fremme en større udnyttelse af infrastrukturerne og turismen i Portugal begrunde diskriminerende rabatter.

— På den anden side medfører den reduktion på 50%, som indenrigsflyvninger er berettiget til, at de selskaber, der forestår EF-interne flyvninger, stilles ringere, hvilket hverken ønsket om at støtte de flyvninger, der forbinder Azorerne med kontinentet, eller indenrigsflyvningernes korte længde kan begrunde. Dels omfattes flyvninger til eller fra Azorerne under alle omstændigheder ikke af nærværende beslutning. Dels beregnes landingsafgiften på grundlag af flyets vægt og ikke flyrutens længde. Hertil kommer, at korte udenrigsflyvninger ikke omfattes af den omhandlede reduktion.

— Den omstændighed, at en virksomhed med en dominerende stilling som ANA-EP over for sine handelspartnere anvender de ovennævnte vilkår, udgør et misbrug af en dominerende stilling i henhold til traktatens artikel 86, stk. 2, litra c).

— Den i traktatens artikel 90, stk. 2, fastsatte undtagelsesbestemmelse, som de portugisiske myndigheder i øvrigt ikke har påberåbt sig, finder ikke anvendelse.

— I det omfang den omtvistede afgiftsordning er pålagt ANA-EP ved en statslig foranstaltning, udgør den en overtrædelse af traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86, for så vidt angår anvendelsen af denne ordning i lufthavnene på det portugisiske fastland.

11. Kommissionen fandt derfor, at den ordning med rabatter på landingsafgifter og differentiering alt efter flyets afgangsland, som anvendes i lufthavnene i Lissabon, Porto og Faro i overensstemmelse med lovdekret nr. 102/90, lovdekret nr. 38/91 og ministeriel bekendtgørelse nr. 352/98, er i strid med traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med samme traktats artikel 86 (den anfægtede beslutnings artikel 1). Kommissionen pålagde Den Portugisiske Republik at bringe denne overtrædelse til ophør og senest to måneder efter meddelelsen af den anfægtede beslutning underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger den havde truffet med henblik herpå (den anfægtede beslutnings artikel 2).

12. Den Portugisiske Republik har støttet sig på anbringender, der dels vedrører den af Kommissionen valgte form og procedure, dels det materielle indhold af den anfægtede retsakt.

13. Sagsøgeren har i første række gjort tre anbringender gældende, der henholdsvis går ud på manglende begrundelse, tilside-

sættelse af proportionalitetsprincippet og procedurefordrejning.

17. Endelig var Kommissionen, i det omfang hvor traktatens artikel 90, stk. 3, bestemmer, at Kommissionen, såfremt det er påkrævet, meddeler medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger, forpligtet til at begrunde nødvendigheden af sin handling og sit valg af en retsakt i form af en beslutning i stedet for et direktiv.

Manglende begrundelse

14. Den Portugisiske Republik har gjort gældende, at der er fire grunde til, at den anfægtede beslutning er behæftet med en manglende begrundelse. Kommissionen skulle således have anført, hvorfor den i denne sag handlede på grundlag af traktatens artikel 90, stk. 3, når den for så vidt angår skatten på ydelser til passagerer og security, der ligesom landingsafgiften er lufthavnsskatter, har anvendt traktatbrudsproceduren.

18. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at den, når den gør brug af traktatens artikel 90, stk. 3, kun skal oplyse, hvorfor den finder, at de i artikel 90, stk. 1, fastsatte betingelser er opfyldt. Derimod er Kommissionen hverken forpligtet til at begrunde, at det er nødvendigt at gøre brug af denne bestemmelse eller valget af den anvendte retsakt, der kun henhører under dens skøn.

19. Hvad skal man mene om disse argumenter?

15. Endvidere påhvilede det Kommissionen at forklare, hvorfor den i den anfægtede beslutning benyttede sig af konkurrencereglerne og ikke som i traktatbrudsproceduren af reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser.

16. Kommissionen skulle også have givet en langt mere detaljeret forklaring af den situation, der var gældende i lufthavnene i de øvrige medlemsstater.

20. For så vidt angår nødvendigheden af at begrunde det valg, som Kommissionen foretager mellem traktatens artikel 90, stk. 3, og EF-traktatens artikel 169 (nu artikel 226 EF), er der grund til at henvise til Domstolens faste praksis, hvorefter Kommissionen efter traktatens artikel 90, stk. 3, skal påse, at medlemsstaterne overholder de forpligtelser, som påhviler dem med hensyn til de i artikel 90, stk. 1, nævnte virksomheder, og bestemmelsen giver udtrykkeligt Kommissionen kompetence til at gribe ind i så henseende ved hjælp af direktiver og beslutninger. Domstolen har således anerkendt, at Kommissionen er kompetent til at fastslå, at en bestemt statslig foranstaltning er uforenelig

med traktatens bestemmelser, og til at angive de foranstaltninger, som den stat, beslutningen er rettet til, skal træffe for at opfylde de forpligtelser, der følger af fællesskabsretten [3].

21. Det kan derfor ikke bestrides, at Kommissionen, henset til den bestemte statslige foranstaltning, som fastsættelsen af de omtvistede afgifter udgjorde ifølge Kommissionen, var berettiget til at støtte ret på traktatens artikel 90, stk. 3.

22. Den eventuelle mulighed for at gøre brug af traktatbrudsproceduren kan ikke begrænse Kommissionens kompetence til i henhold til ovennævnte retspraksis at anvende traktatens artikel 90, stk. 3. Dette følger klart af dommen i sagen Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, hvori Domstolen ikke tiltrådte argumentet om, at Kommissionen for at fastslå en bestemt overtrædelse af traktatens regler skulle basere sig på traktatens artikel 169.

23. Kommissionens adgang til at støtte ret på traktatens artikel 90, stk. 3, berøres heller ikke af, at den har indledt en traktatbrudsprocedure i forbindelse med foranstaltninger, som ifølge Den Portugisiske Republik kan sammenlignes med de omtvistede afgifter.

24. Jeg skal her først påpege, at Kommissionen har bestridt, at de forskellige afgifter kan sammenlignes, og har gjort gældende, at den foretagne afgrænsning af den konstaterede overtrædelse hverken er arbitrær eller ulogisk. Den har med hensyn hertil anført, at selv om de forskellige kategorier af lufthavnsafgifter har sammenfaldende egenskaber, står det dog fast, at hver kategori modsvarer en særlig tjenesteydelse, der leveres af de virksomheder, der driver lufthavnene, hvorfor de kan bedømmes hver for sig under skyldig hensyntagen til deres særlige egenskaber.

25. Under alle omstændigheder har Domstolen fastslået, at Kommissionen har et vidt skøn for så vidt angår det hensigtsmæssige i at gribe ind over for en medlemsstat, og i relation til fastsættelsen af, hvilke bestemmelser staten ifølge Kommissionen har tilsidesat samt med hensyn til valget af tidspunktet for, hvornår den vil indlede traktatbrudsproceduren [4].

26. Det følger heraf, at Kommissionen var berettiget til at begrænse genstanden for traktatbrudssøgsmålet til visse afgifter og til ikke at lade søgsmålet omfatte andre afgifter. For så vidt angår de sidstnævnte afgifter var Kommissionen som ovenfor anført berettiget til at vedtage en beslutning på grundlag af traktatens artikel 90, stk. 3, da den fandt, at de materielle betingelser i denne bestemmelse var opfyldt.

3 — Jf. dom af 12.2.1992, forenede sager C-48/90 og C-66/90, Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 565, præmis 25-28.

4 — Dom af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 27.

27. Selv om det således er fastslået, at Kommissionen var berettiget til at vælge artikel 90, stk. 3, i stedet for traktatens artikel 169, gør Den Portugisiske Republiks argumentation det nødvendigt at efterprøve, om Kommissionen var forpligtet til at begrunde det foretagne valg.

28. Kommissionen har efter min mening med rette understreget, at man i princippet ikke kan kræve, at den i hver eneste af sine retsakter forklarer, hvorfor den ikke har vedtaget en anden retsakt, idet dette ville medføre, at udførelsen af dens opgaver lammes.

29. Det er i denne forbindelse vigtigt at bemærke, at formålet med, at en retsakt skal begrundes, er, at den berørte skal kunne sætte sig ind i baggrunden for den nævnte retsakt med henblik på i givet fald at anfægte den, og at Domstolen kan udøve sin kontrol af retsaktens lovlighed [5].

30. Det følger heraf, at den anfægtede beslutning i denne sag på en tilstrækkelig klar måde skal angive karakteren af den overtrædelse, som påtales over for adressaten, grundene til, at Kommissionen finder, at den nævnte overtrædelse foreligger, og de foranstaltninger, som Kommissionen forventer iværksat af modtageren.

31. Den Portugisiske Republik har ikke påstået, at Kommissionen har undladt at opfylde denne forpligtelse i nærværende sag. Den har således ikke bestridt, at beslutningens ordlyd giver den mulighed for uden videre at forstå karakteren af og begrundelsen for de af Kommissionen fremførte kritikpunkter.

32. En sådan indsigelse ville i øvrigt også have været særdeles overraskende, eftersom der var en række kontakter mellem de portugisiske myndigheder og Kommissionen forud for beslutningen, hvilket Den Portugisiske Republik har erkendt. Vi har derfor at gøre med et tilfælde, som vi ofte møder i Domstolens praksis, hvor der skal tages hensyn til, at medlemsstaten har været dybt inddraget i udarbejdelsen af den anfægtede retsakt, og således kender de begrundelser, der ligger til grund for den [6].

33. Lad mig endelig tilføje, at Kommissionen ifølge Domstolens praksis under alle omstændigheder råder over et vidt skøn i forbindelse med vurderingen af, om der er anledning til at indlede en traktatbrudsprocedure eller ej [7]. Heraf følger nødvendigvis, at dens valg på dette område ikke kan gøres til genstand for domstolsprøvelse. Som nævnt ovenfor skal begrundelsespligten ses i sammenhæng med en sådan prøvelse og kan derfor ikke udvides til også at omfatte de dele af den anfægtede retsakt,

5 — Jf. som eksempel på fast retspraksis dom af 22.1.1986, sag 250/84, Eridania m.fl., Sml. s. 117.

6 — Jf. som eksempel på fast retspraksis dom af 17.10.1995, sag C-478/93, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 3081, præmis 48, 49 og 50.

7 — Jf. dom af 14.2.1989, sag 247/87, Star Fruit mod Kommissionen, Sml. s. 291, præmis 11.

der henhører under forfatterens skønsbeføjelse og derfor ikke kan undergives domstolsprøvelse.

34. Af de ovenfor anførte grunde finder jeg, at Den Portugisiske Republiks første argument bør forkastes.

35. Herefter har Den Portugisiske Republik gjort gældende, at Kommissionen skulle have forklaret, hvorfor den baserede sig på konkurrencereglerne og ikke på reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser.

36. Det fremgår af det ovenfor anførte, at Kommissionens begrundelsespligt indebærer, at den i den anfægtede retsakt skal anføre grundene til, at den finder, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne. Derimod påhviler det ikke Kommissionen særligt at forklare, hvorfor den ikke har henført den omtvistede statslige foranstaltning under en anden hjemmel.

37. Den mulighed, som adressaten for en retsakt har for at anfægte den, og retsinstansernes mulighed for at efterprøve lovligheden afhænger kun af, om der findes en begrundelse, der kan berettige den konklusion, Kommissionen er kommet frem til.

38. Derfor skal dette argument også forkastes.

39. Den Portugisiske Republik har endvidere gjort gældende, at Kommissionen ikke var berettiget til at undlade at omtale situationen i de øvrige medlemsstater.

40. Dette argument kan ikke tages til følge. Formålet med den anfægtede beslutning er at fastslå en overtrædelse af konkurrencereglerne. Denne overtrædelse er på ingen måde afhængig af, om der findes lignende foranstaltninger i en eller flere andre medlemsstater. Den Portugisiske Republik har i øvrigt ikke hævdet, at der består en sådan sammenhæng.

41. Jeg kan derfor slet ikke forstå, hvorfor begrundelsen for den vedtagne beslutning skulle have indeholdt en uddybning af situationen i de øvrige medlemsstater.

42. Sagsøgeren kan ganske vist hævde, at eftersom der var tale om lignende overtrædelser i andre medlemsstater, var det uhensigtsmæssigt, at Kommissionen vedtog en beslutning, der kun vedrørte Den Portugisiske Republik, og som ikke omtalte situationen i resten af Fællesskabet.

43. Det står imidlertid fast, at et sådant synspunkt ikke henhører under en tvist, der vedrører gyldigheden af den anfægtede retsakts begrundelse.

44. Den Portugisiske Republik har endelig anført, at Kommissionen skulle have begrundet valget af en retsakt i form af en beslutning, når den i henhold til traktatens artikel 90, stk. 3, også kunne vedtage et direktiv, der kunne have reguleret problemet i alle medlemsstaterne og ikke kun i Portugal.

45. Sagsøgeren har i denne sammenhæng henvist til, at Kommissionen uden at gøre brug af sin egen kompetence til at vedtage et direktiv havde forelagt Rådet et forslag til direktiv om lufthavnsafgifter [8], hvilket viser, at der var anledning til at regulere dette problem ved en generel retsakt og ikke ved en individuel beslutning.

46. Der må imidlertid gives Kommissionen medhold i, at Domstolen har fastslået, at formålet med den kompetence, som traktatens artikel 90, stk. 3, tillægger Kommissionen, er forskellig og mere specifik end formålet med den lovgivningskompetence, der er tillagt Rådet. Muligheden for, at Rådet i medfør af sine almindelige beføjelser efter andre artikler i traktaten måtte vedtage bestemmelser, som vedrører det særlige område i artikel 90, kan ikke hindre Kommissionen i at udøve sin kompetence i henhold til den sidstnævnte artikel [9].

47. Det følger heraf, at man ikke kan påberåbe sig, at der findes et forslag til direktiv om lufthavnsafgifter, med henblik på at bestride Kommissionens kompetence til at vedtage foranstaltninger på dette område.

48. Sagsøgerens argument sigter imidlertid først og fremmest til, at Kommissionen har valgt ikke selv at vedtage et direktiv, men en beslutning.

49. I den forbindelse skal jeg først henvise til retspraksis [10], hvorefter »[d]et fremgår af bestemmelserne i artikel 90, stk. 3, og af den måde, hvorpå bestemmelserne i denne artikel er opbygget, at Kommissionen har et vidt skøn på det af stk. 1 og 3 omfattede område, både for så vidt angår de foranstaltninger, den finder nødvendige, og de midler, den i denne forbindelse finder hensigtsmæssige«.

50. Det følger heraf, at Kommissionen på forhånd var berettiget til at anvende en

8 — KOM(97) 154 endelig udg.

9 — Dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223.

10 — Dom af 20.2.1997, sag C-107/95 P, Bundesverband der Bilanzbuchhalter mod Kommissionen, Sml. I, s. 947, og dommen i sagen Nederlandene m.fl. mod Kommissionen.

beslutning. Hvad angår begrundelsen for dette valg, tilkom det alene Kommissionen at angive begrundelsen for sit synspunkt om, at der var tale om en statslig foranstaltning, der udgjorde en tilsidesættelse af konkurrencereglerne.

51. Derimod påhvilede det ikke Kommissionen, som det allerede er blevet anført ovenfor i sammenhæng med sagsøgerens første argument, i forbindelse med dens begrundelse for den vedtagne foranstaltning desuden at angive grundene til, at den ikke havde vedtaget en anden retsakt.

52. Derfor skal sagsøgerens første anbringende forkastes i sin helhed.

Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

53. Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ved at vedtage en beslutning på grundlag af traktatens artikel 90, stk. 3, har valgt den mindst egnede og mest byrdefulde reaktionsmulighed. Da det ikke er bestridt, at der på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning var et stort antal medlemsstater, der benyttede lignende rabatordninger for lufthavnsafgifter, burde Kommissionen have vedtaget en generel retsakt i stedet for en beslutning, der pr. definition kun berører Den Portugisiske Republik.

54. Sagsøgeren har i den forbindelse lagt vægt på, at proportionalitetsprincippet er tilsidesat som følge af, at Kommissionen ved at træffe en beslutning kun pålagde de portugisiske myndigheder at ændre deres ordning, hvilket medførte, at de portugisiske luftfartsselskaber blev stillet over for uretfærdige konkurrencevilkår i de øvrige medlemsstater, der ikke var afskåret fra at opretholde deres ordninger, selv om de kunne sammenlignes med den portugisiske ordning, som Kommissionen havde påtalt.

55. Den Portugisiske Republik har derfor også i relation til dette klagepunkt konkluderet, at Kommissionen blot skulle have fremmet Rådets vedtagelse af et direktiv, som regulerede området, eller — hvis et sådant direktiv ikke blev vedtaget — selv have vedtaget et direktiv på grundlag af traktatens artikel 90, stk. 3.

56. Det ville ifølge sagsøgeren have været den eneste rigtige foranstaltning, idet et direktiv er den eneste mulighed for at garantere, at alle medlemsstaterne samtidigt bringer deres ordninger for lufthavnsafgifter i overensstemmelse med fællesskabsretten.

57. Kommissionen har med hensyn hertil, efter min opfattelse med rette, gjort gæl-

dende, at det ikke forholder sig således. Et direktiv, der har hjemmel i traktatens artikel 90, stk. 3, kan nemlig kun finde anvendelse på statslige foranstaltninger og kan derfor ikke have indvirkning på ordninger, der ikke kan henføres til en medlemsstat, men kun til de virksomheder, der driver en lufthavn.

58. Den Portugisiske Republik har ganske vist hævdet, at alle sådanne virksomheder i realiteten opfylder betingelserne for at blive omfattet af anvendelsesområdet for artikel 90. Den har dog ikke fremlagt bevis herfor eller rejst tvivl om relevansen af det eksempel, som Kommissionen har påberåbt sig til støtte for sit synspunkt, nemlig de finske lufthavne, der på eget initiativ havde vedtaget samme type rabatordning, og som har været genstand for en beslutning, der alene er baseret på traktatens artikel 86, uden at Kommissionen har benyttet sig af artikel 90.

59. Kommissionen har endvidere erindret om den retspraksis, der er henvist til ovenfor, og som tillægger den et vidt skøn ved anvendelsen af traktatens artikel 90, stk. 3.

60. For mig at se følger af denne retspraksis, at når Kommissionen står over for en bestemt statslig foranstaltning, der efter dens opfattelse udgør en tilsidesættelse af artikel 90, sammenholdt med en anden bestemmelse i traktaten, er den berettiget til at vedtage en beslutning med henblik på, at denne overtrædelse bringes til ophør.

61. Det forhold, at denne overtrædelse også finder sted i andre medlemsstater, er ikke relevant i denne forbindelse.

62. Domstolen har således i dommen i sagen Nederlandene mod Kommissionen præciseret, at Kommissionens beslutning, der er baseret på traktatens artikel 90, stk. 3, »udstedes på baggrund af en bestemt situation i en eller flere medlemsstater«. I modsætning til, hvad sagsøgerens opfattelse indebærer, er den således ikke betinget af, at overtrædelsen kun foreligger i den ene medlemsstat, beslutningen er rettet til.

63. Selv om Den Portugisiske Republik benægter det, indebærer dens opfattelse, at der gives en medlemsstat ret til at opretholde en foranstaltning, der er i strid med fællesskabsretten, under påskud af, at der gælder lignende foranstaltninger i andre medlemsstater.

64. Det eneste argument, Den Portugisiske Republik har påberåbt sig til støtte for, at der er sket tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, er således baseret på situationen i de øvrige medlemsstater. Denne situation forhindrer ifølge sagsøgeren Kommissionen i at handle, hvis den da ikke vil tilsidesætte det nævnte princip, og indebæ-

rer nødvendigvis, at en medlemsstat får ret til at handle ustraffet.

65. Det siger sig selv, at en sådan opfattelse er uforenelig med Domstolens faste praksis, hvorefter det ikke kan tillades, at en medlemsstat til sit forsvar påberåber sig, at andre medlemsstater har tilsidesat fællesskabsretten [11].

66. Derfor skal også sagsøgerens andet anbringende forkastes.

Procedurefordrejning

67. Sagsøgeren har i denne sammenhæng gjort gældende, at Kommissionen ikke har en ubegrænset valgfrihed med hensyn til, om den vil vedtage en beslutning på grundlag af traktatens artikel 90, stk. 3, eller indlede en traktatbrudsprocedure.

68. Så snart det er fastslået, at den påståede overtrædelse består i flere medlemsstater, er Kommissionen nemlig forpligtet til at anvende traktatens artikel 169, hvis ikke den vil gøre sig skyldig i procedurefordrejning.

69. Sagsøgeren har imidlertid ikke forklaret, hvorfor det forhold, at overtrædelsen forekommer i flere medlemsstater, skulle være ensbetydende med, at Kommissionen ikke længere har mulighed for at anvende traktatens artikel 90, stk. 3.

70. I den forbindelse vil jeg endvidere minde om, at det på ingen måde følger af det i Domstolens ovennævnte praksis opstillede princip om Kommissionens valgfrihed på dette område, at valgfriheden er begrænset som følge af situationen i andre medlemsstater end i den medlemsstat, der er genstand for den af Kommissionen indledte procedure.

71. Derfor foreslår jeg, at det anbringende, der er baseret på procedurefordrejning, forkastes. De følgende bemærkninger fremkommer jeg kun med for fuldstændighedens skyld.

72. Kommissionen har venligt fortolket sagsøgerens argumentation således, at den også omfatter en kritik af, at retten til kontradiktion er tilsidesat derved, at traktatens artikel 169 fastsætter en administrativ procedure, som Kommissionen har undgået ved at anvende traktatens artikel 90, stk. 3.

11 — Dom af 25.9.1979, sag 232/78, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2729.

73. Sagsøgeren har imidlertid ikke gjort nogen bemærkninger om overholdelsen af retten til kontradiktion. Men som Kommissionen har forklaret, gælder princippet om retten til forsvar under alle omstændigheder i alle procedurer, også selv om der ikke er fastsat udtrykkelige bestemmelser herom. Derfor kan det forhold, at Kommissionen har anvendt artikel 90, stk. 3, i stedet for artikel 169 ikke i sig selv udgøre en tilsidesættelse af retten til kontradiktion. Endelig har sagsøgeren ikke henvist til nogen konkret tilsidesættelse af retten til kontradiktion, som Kommissionen skulle have gjort sig skyldig i under proceduren for den anfægtede beslutnings vedtagelse.

74. Sagsøgeren har i sin replik henvist til et muligt tilfælde af magtfordrejning. Da der er tale om et nyt anbringende, kan det ikke påberåbes, idet det må afvises.

75. Det følger under alle omstændigheder af Domstolens praksis, at der kun foreligger magtfordrejning, hvis det på grund af objektive, relevante og samstemmende indicier må antages, at den anfægtede retsakt er truffet med det ene formål eller i det mindste hovedsageligt for at nå andre mål end dem, der er angivet i og forfulgt af den omhandlede hjemmelsbestemmelse. Sagsøgeren har ikke på nogen måde godtgjort, at det forholder sig således i nærværende sag [12].

12 — Dom af 21.6.1984, sag 69/83, Lux mod Revisionsretten, Sml. s. 2447.

76. Sagsøgeren har påberåbt sig to anbringender vedrørende sagens realitet, som jeg vil undersøge efter hinanden.

Manglende forskelsbehandling på grundlag af nationalitet

77. Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede beslutning bør annulleres, da Kommissionen ikke har godtgjort, at der forelå en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, selv om traktatens artikel 90, stk. 3, henviser specielt til EF-traktatens artikel 6 (efter ændring nu artikel 12 EF), der forbyder forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

78. Det er korrekt, at som den portugisiske regering har understreget indebærer den omtvistede rabat ikke en direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, idet den ydes uafhængigt af flyenes afgangsland og nationalitet. Hertil kommer, at den omstændighed, at rabatterne er forbeholdt indenrigsflyvninger, ikke udgør en direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, idet luftfartsselskaber fra andre medlemsstater i medfør af fællesskabsretten har mulighed for at udføre indenrigsflyvninger.

79. Som Kommissionen i øvrigt har nævnt i den anfægtede beslutning, står det dog fast,

at de portugisiske luftfartsselskaber i praksis indrømmes en meget højere rabat, nemlig gennemsnitlig henholdsvis 30% og 22%, end den sats, der opnås af luftfartsselskaberne fra andre medlemsstater, og som varierer mellem 8% og 1%. Sagsøgeren har i øvrigt ikke bestridt disse tal.

80. Selv om man således kan rejse det spørgsmål, om det er rigtigt, at de omhandlede rabatter ikke er diskriminerende, bør det under alle omstændigheder understreges, at denne diskussion savner interesse. Ordlyden af traktatens artikel 90, stk. 3, levner således ikke plads til nogen tvivl og leder til den konklusion, at dens anvendelse ikke er begrænset til kun at omfatte de tilfælde, hvor en statslig foranstaltning tilsidesætter traktatens artikel 6. Denne bestemmelse henviser også udtrykkeligt til traktatens artikel 86.

81. Derfor er Kommissionen fuldt ud berettiget til at støtte ret på denne bestemmelse for at skride ind over for en foranstaltning, som ifølge Kommissionen ikke udgør et tilfælde af direkte forskelsbehandling, men som ikke er forenelig med traktatens artikel 86. I denne sag har Kommissionen ikke gjort andet.

82. Det følger heraf, at jeg skal behandle sagen i relation til artikel 86.

Manglende misbrug af en dominerende stilling

83. Som nævnt har Kommissionen kritiseret de omtvistede rabatter i to henseender. Dels blev der kun ydet en rabat på 50% på indenrigsflyvninger, dels fastsatte den anfægtede lovgivning stigende rabatter til de luftfartsselskaber, der udførte et stort antal landinger i de berørte lufthavne.

84. Først skal problemet undersøges i forhold til den differentiering, der blev foretaget mellem indenrigs- og udenrigsflyvninger.

Indenrigsflyvningerne

85. Sagsøgeren har først anført, at luftfartsselskaberne i Fællesskabet, der i medfør af fællesskabslovgivningen må udføre sådanne indenrigsflyvninger, opnår de nævnte rabatter på de samme vilkår som deres portugisiske konkurrenter. Derfor indebærer ordningen ingen forskelsbehandling, men indfører derimod en sondring, der er baseret på et objektivt og begrundet kriterium, der ikke har noget at gøre med et ønske om at favorisere de nationale luftfartsselskaber.

86. Det er nemlig ubestridt, at et luftfartsselskab fra en anden medlemsstat, der udfører en flyvning mellem to portugisiske byer, drager fordel af en reduktion i landingsafgiften på 50%.

87. Den Portugisiske Republik har gjort gældende, at denne rabat for så vidt angår flyvninger mellem lufthavnene på det portugisiske fastland (Lissabon, Porto og Faro) er begrundet i, at der er tale om korte forbindelser, hvor det er nødvendigt at fastholde priserne på et niveau, der er så lavt som muligt.

88. Kommissionen har i den forbindelse gjort gældende, at hvis formålet med den omtvistede ordning var at favorisere korte flyvninger, skulle rabatterne også ydes til flyvninger fra Portugal til Madrid, Sevilla, Malaga og Santiago, og »afstandsfaktoren« skulle udgøre en del af afgiftens beregningsgrundlag.

89. Jeg kan tilslutte mig Kommissionens opfattelse. Det må nemlig fastslås, at traktatens artikel 86 næsten ikke giver plads til tvivl. En virksomhed med en dominerende stilling har ikke — som artikel 86 stk. 2, litra c), præciserer — ret til at anvende »ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«.

90. Sagsøgeren har ikke bestridt den i den anfægtede beslutning foretagne fortolkning af spørgsmålet om, hvorvidt der konkret består en dominerende stilling.

91. Hertil kommer, at det er utvivlsomt, at de ydelser, der udgør modydelsen for landingsafgifterne, er de samme for en indenrigsflyvning som for en EF-intern flyvning over en sammenlignelig afstand.

92. Situationen er i den forbindelse den samme som den, der var tale om i Corsica Ferries-sagen [13]. I denne sag fastslog Domstol først, at de omhandlede lodstjenesteydelser ikke var forskellige, alt efter om det servicerede fartøj udførte en indenlandsk søtransport eller ej, og derefter, at forskellige priser, der var afhængige af, om der var tale om en sådan indenlandsk transport, udgjorde et misbrug af en dominerende stilling.

93. For så vidt angår forbindelserne mellem fastlandet og de selvstyrende regioner eller mellem de selvstyrende regioner har sagsøgeren påberåbt sig det formål om styrkelse af den økonomiske og sociale samhørighed, der nævnes i EF-traktatens artikel 3 (efter ændring nu artikel 3 EF), samt til den stilling, som Azorerne og Madeira har som regioner i de yderste randområder, jf. traktatens artikel 227 (efter ændring nu artikel 299 EF).

13 — Dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Sml. I, s. 1783, præmis 45.

94. Det er dog med rette, at Kommissionen har anført, at sådanne betragtninger kun kan være relevante, hvis konkurrencereglerne i overensstemmelse med ordlyden af traktatens artikel 90, stk. 2, hindrede de omhandlede virksomheder i at udføre deres særlige public service-forpligtelser, hvilket ikke er blevet gjort gældende under sagen.

Kvantumsrabatter

98. Sagsøgeren har for så vidt angår spørgsmålet om kvantumsrabatter gjort flere argumenter gældende, hvoraf et forekommer mig at være af særlig interesse.

95. Endvidere giver fællesskabslovgivningen [14] Den Portugisiske Republik ret til at pålægge særlige public service-forpligtelser for at tage hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende for de omhandlede destinationer.

99. Den Portugisiske Republik har indledningsvis anført, at ydelse af kvantumsrabat er et handelspolitisk valg, der ikke skal fratages ANA-EP under påskud af dens dominerende stilling.

96. Endelig er forbindelserne til Azorerne og mellem lufthavnene på denne øgruppe under alle omstændigheder ikke berørt af den anfægtede beslutning.

100. Det skal imidlertid fastslås, at både traktatens artikel 86 og Domstolens praksis tværtimod viser, at de handelspolitiske valg, som virksomheder har i almindelighed, ikke nødvendigvis er til rådighed for en dominerende virksomhed. Således opregner artikel 86, stk. 2, en række handlinger som eksempel på misbrug, hvoraf i det mindste en del er fuldt ud lovlige, når ikke de udøves af en dominerende virksomhed.

97. Jeg finder derfor, at Kommissionen var berettiget til at finde, at det udgjorde et misbrug af en dominerende stilling, at der kun blev ydet rabatter til indenrigsflyvninger.

101. Det følger også heraf, at Kommissionen ikke ved at påstå, at det er forbudt for en virksomhed som ANA-EP, hvis dominerende stilling ikke anfægtes, at yde kvantumsrabatter, har tilsidesat det neutralitetsprincip, som sagsøgeren har udledt af EF-

14 — Jf. artikel 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 2498/92 af 23.7.1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet (EFT L 240, s. 8).

traktatens artikel 222 (nu artikel 295 EF) [15], og som ifølge sagsøgeren indebærer, at virksomheder ikke må behandles mere ugunstigt af fællesskabsretten under påskud af, at en medlemsstat har tillagt dem særlige eller eksklusive rettigheder.

102. Kommissionen har da heller ikke rejst kritik af den nævnte tildeling af rettigheder, og den har i øvrigt selv henvist til Domstolens praksis, hvoraf det fremgår, at selv om en virksomhed, der er tillagt sådanne eksklusive rettigheder, derfor kan have en dominerende stilling, følger det ikke nødvendigvis heraf, at tildelingen af disse rettigheder i sig selv udgør et misbrug [16].

103. Det er altså ikke de rettigheder, der er tillagt ANA-EP, der sigtes til i Kommissionens beslutning, men udnyttelsen af den heraf følgende dominerende stilling. Dette spørgsmål falder ikke ind under traktatens artikel 222, som sagsøgeren har påberåbt sig.

104. Sagsøgeren har endvidere understreget nødvendigheden af at udvikle de forbindelser, der benytter de omhandlede lufthavne, hvilket i øvrigt også kommer de berørte regioner til gode.

105. Dette argument har sammenhæng med det synspunkt, Den Portugisiske Republik har udviklet, og hvorefter kvantumsrabatterne begrundes i, at de fremmer en intensiv udnyttelse af de berørte lufthavne. Men »frekvensen og intensiteten i udnyttelsen af så omkostningskrævende infrastrukturer — både deres etablerings- og driftsomkostninger — er afgørende i forbindelse med fortsættelsen af en virksomhedsstrategi, der bygger på (gen)investering i udviklingen af disse lufthavnsinfrastrukturer. Frekvensen og intensiteten har i øvrigt også indflydelse på de endelige omkostninger, der er forbundet med afskrivningen af investeringerne« [17].

106. Jeg understreger i den forbindelse først, at som Kommissionen i øvrigt har anført i den anfægtede beslutning [18], er forbuddet mod, at en dominerende virksomhed ikke kan tilbyde kvantumsrabatter, ikke absolut. Det fremgår således af Domstolens praksis, at såfremt en stigning i den leverede mængde medfører lavere omkostninger for leverandøren, er denne berettiget til at give kunden fordel heraf ved en mere fordelagtig prissætning [19].

107. Har vi i denne sag at gøre med et sådant tilfælde? Består der — for at benytte Kommissionens ordvalg — objektive

15 — »De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.«

16 — Jf. Corsica Ferries-dommen.

17 — Jf. stævningens punkt 64.

18 — Jf. betragtning 27 ff.

19 — Dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, og af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461.

grunde i form af de omkostninger, der er forbundet med de ydede tjenester, der begrunder tildeling af kvantumsrabatter?

108. Jeg deler Kommissionens synspunkt, hvorefter den omkostning, der er forbundet med den tjenesteydelse, der leveres af den virksomhed, der driver lufthavnen, er den samme, hvad enten der er tale om et selskabs første eller 100. flyvning.

109. Jeg finder imidlertid ikke, at der dermed er givet en udtømmende besvarelse af det af Den Portugisiske Republik fremførte argument. Det forholder sig nemlig samlet set utvivlsomt således, at en intensiv udnyttelse af infrastrukturer som udgangspunkt alt andet lige gør det muligt at opnå enhedsomkostninger, der er lavere end for underudnyttede infrastrukturer.

110. Det kan heller ikke bestrides, at lufthavnsvirksomhedens planlægning af investeringerne forenkles på grund af det garanterede aktivitetsniveau, der er en følge af et luftfartsselskabs valg af en lufthavn som base.

111. Har sagsøgeren godtgjort, at der for ANA-EP forelå økonomiske fordele, som kunne begrunde de ydede rabatter?

112. Det mener jeg ikke. Sagsøgeren har ikke fremført nogen konkrete oplysninger, der kan imødegå Kommissionens argumentation om, at der ikke findes sådanne fordele.

113. Ifølge Kommissionen kan ønsket om at fremme en intensiv udnyttelse af lufthavnene ikke opfyldes gennem de omtvistede rabatter. På grund af det store antal månedlige landinger, der kræves for at opnå rabatterne, ydes disse nemlig, som fastslået ovenfor, næsten udelukkende til de portugisiske luftfartsselskaber, der har deres base i de omhandlede lufthavne, og som i alle tilfælde ville have benyttet dem. En rabatskala, der ikke virker sådan, når de fastsatte tærskler nås, vil ikke kunne kritiseres på samme måde og vil være bedre egnet til at opnå det påståede formål.

114. Det er korrekt, at der ikke kan føres bevis for et sådant ræsonnement, idet det er hypotetisk. Det forholder sig imidlertid således, at ræsonnementet er sandsynligt, idet det er vanskeligt at forestille sig, hvordan luftfartsselskaber med base i de omhandlede lufthavne, som realistisk set næppe kan etablere sig andre steder, skulle kunne tilskyndes til at udnytte de pågældende lufthavne mere intensivt på grund af de omtvistede rabatter, medmindre de gennemfører landinger blot for at opnå en rabat. Selv om det er klart, at visse flyvningers rentabilitet berøres af afgiftsniveauet, er deres antal næppe så stort, at den yderligere flytrafik, der følger heraf, vil have en målelig betydning for lufthavnen.

115. Det er derimod som udgangspunkt langt mere sandsynligt, at antallet af flyvninger for det første afhænger af, hvor mange luftfartsselskaber der er interesserede i den pågældende rute. Det burde være uden betydning for den, der driver lufthavnen, hvordan dette antal flyvninger fordeles mellem de forskellige luftfartsselskaber.

116. Dette antal kan ganske vist opnås af et eller to luftfartsselskaber, der hver gennemfører mange flyvninger, men også af et større antal selskaber, der hver for sig foretager et mindre antal landinger. Det kan derfor sagtens tænkes, at det vil lykkes for en lufthavnsvirksomhed, der sammensætter sine priser sådan, at et større antal luftfartsselskaber opnår rabatter, at forøge lufthavnens udnyttelsesgrad.

117. Hertil kommer, at de ovenfor i punkt 79 nævnte tal, der er påberåbt af Kommissionen og ikke bestridt af sagsøgeren, faktisk tyder på, at de omhandlede rabatter helt klart favoriserer de luftfartsselskaber, der er etableret i de berørte lufthavne.

118. Henset til samtlige disse indicier kan sagsøgerens generelle henvisning til de gunstige økonomiske virkninger, der følger af en intensiv udnyttelse af infrastrukturerne, ikke antages at udgøre bevis for, at de omhandlede rabatter faktisk og nøjagtigt svarer til de omkostninger, lufthavnsvirksomheden sparer.

119. Den Portugisiske Republik har også gjort gældende, at det handler om at tilskynde til tekniske mellemlandinger i konkurrence med andre lufthavne i Fællesskabet. Disse mellemlandinger er i kraft af deres karakter uafhængige af lufttrafikken.

120. Kommissionen har svaret, at de omtvistede rabatter under alle omstændigheder ikke gælder for tekniske mellemlandinger. Kommissionen er ikke blevet modsagt på dette punkt.

121. Endelig har sagsøgeren også antaget, at det forhold, at intet luftfartsselskab i Fællesskabet har klaget, tydeligt viser, at den af ANA-EP anvendte rabatordning ikke skader de andre selskaber i Fællesskabet.

122. Kommissionen har alligevel ret til på eget initiativ at træffe beslutninger på konkurrenceområdet.

123. Det følger heraf, at også dette anbringende skal forkastes.

Forslag til afgørelse

124. Sammenfattende foreslår jeg, at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes, og at Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.