CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO

van 19 oktober 2000 [1]

1. De Portugese Republiek verzoekt om nietigverklaring van een op artikel 90, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 3, EG) gebaseerde beschikking van de Commissie waarin zij heeft vastgesteld dat het stelsel van landingsvergoedingen, dat wordt toegepast door het openbaar bedrijf dat de Portugese continentale luchthavens beheert, een met artikel 90, lid 1, van het Verdrag juncto artikel 86 ervan (thans artikel 82 EG) onverenigbare maatregel is.

Rechtskader

2. Artikel 18 van het Portugese wetsbesluit nr. 102/90 van 21 maart 1990 bepaalt, dat het bedrag van de luchtvaartvergoedingen voor de door Aeroportos e Navegação Aérea/Empresa Publica (openbaar bedrijf voor luchthavens en luchtverkeer; hierna: „ANA-EP") beheerde luchthavens bij ministerieel besluit wordt vastgesteld. Volgens artikel 18, lid 3, kunnen deze vergoedingen variëren naargelang de categorie, de functie en de benuttingsgraad van elke luchthaven.

3. Bij wetsbesluit nr. 38/91 van 29 juli 1991 zijn nadere regels voor de landingsvergoedingen vastgesteld. Artikel 4, lid 1, ervan bepaalt, dat voor elke landing een landingsvergoeding verschuldigd is, die wordt berekend op basis van het in het luchtwaardigheidscertificaat vermelde maximumgewicht bij het opstijgen. Artikel 4, lid 5, bepaalt, dat binnenlandse vluchten een vermindering van 50 % genieten.

4. Het niveau van de vergoedingen wordt jaarlijks bij regeringsbesluit aangepast. Krachtens een kortingsysteem, ingevoerd bij het overeenkomstig wetsbesluit nr. 102/90 vastgestelde ministerieel besluit nr. 352/98 van 23 juni 1998, wordt vanaf de 51e landing per maand een korting van 7,2 % toegepast op de luchthaven van Lissabon (18,4 % op de andere luchthavens). Na de 101e en de 151e landing worden kortingen van respectievelijk 14,6 % en 22,5 % toegepast op de luchthaven van Lissabon (24,4 % en 31,4 % op de andere luchthavens). Na de 200e landing geldt een korting van 32,7 % (40,6 % op de andere luchthavens).

5. ANA-EP is een openbaar bedrijf dat zich bezighoudt met het beheer van de drie luchthavens op het vasteland (Lissabon, Porto en Faro), waar het hier om gaat.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

Feiten en bestreden beschikking

6. Bij brief van 2 december 1996 deelde de Commissie de Portugese Republiek mee, dat zij een onderzoek was begonnen naar de stelsels van kortingen op de landingsvergoedingen op de luchthavens van de lidstaten. Zij verzocht de Portugese autoriteiten, haar alle gegevens te doen toekomen over de inzake landingsvergoedingen toepasselijke Portugese wettelijke bepalingen, zodat zij zou kunnen onderzoeken of de toegestane kortingen in overeenstemming waren met de communautaire mededingingsregels.

7. Na kennisneming van de verstrekte gegevens, deelde de Commissie de Portugese autoriteiten bij brief van 28 april 1997 mee, dat zij het stelsel van kortingen op de landingsvergoedingen dat werd toegepast op de door ANA-EP beheerde Portugese luchthavens, als discriminatoir beschouwde. Zij verzocht de Portugese regering, haar in te lichten over de maatregelen die zij in dit verband ging nemen en haar opmerkingen in te dienen. De inhoud van deze brief werd aan ANA-EP en aan de Portugese luchtvaartmaatschappijen TAP en Portugalia meegedeeld, zodat ook zij hun opmerkingen konden indienen.

8. In haar antwoord van 3 oktober 1997 voerde de Portugese Republiek als rechtvaardiging voor de naar gelang van de herkomst van de vlucht variërende landingsvergoedingen in de eerste plaats aan, dat een deel van de binnenlandse vluchten luchthavens op eilanden als bestemming hadden, waarvoor naast luchtvervoer geen ander vervoer bestond, en dat de overige binnenlandse vluchten zeer kort waren en tegen lage tarieven werden uitgevoerd. In de tweede plaats voerde zij aan, dat het geldende stelsel van landingsvergoedingen op overwegingen van economische en sociale cohesie berustte. Wat in de derde plaats de internationale vluchten betrof, betoogde zij, dat de Portugese luchthavens concurrentie ondervonden van de luchthavens van Madrid en Barcelona, die een soortgelijke tarifering toepasten. Zij wenste daarenboven de schaalvoordelen te bevorderen die uit een sterkere benutting van de Portugese luchthavens voortvloeiden, en Portugal als toeristische bestemming aantrekkelijk te maken.

9. In haar antwoord aan de Commissie voerde ANA-EP ter rechtvaardiging van het betrokken stelsel van vergoedingen aan, dat het noodzakelijk was een soortgelijk tariefbeleid als op de luchthavens van Madrid en Barcelona toe te passen, en dat het de bedoeling was de exploitatiekosten te verminderen van de vervoerders die het vaakst en met de grootste frequentie gebruikmaakten van de door haar beheerde luchthavens.

10. Na een nieuwe briefwisseling tussen de Portugese Republiek en de Commissie heeft laatstgenoemde op 10 februari 1999 beschikking 1999/199/EG[2] gegeven, waarin zij in hoofdzaak het volgende vaststelde:

— ANA-EP is een openbaar bedrijf in de zin van artikel 90, lid 1, van het Ver-

2 — Beschikking inzake een procedure op grond van artikel 90 van het Verdrag (IV/35.703 — Portugese luchthavens) (PB L 69, blz. 31).

drag, dat het exclusieve recht heeft de luchthavens van Lissabon, Porto en Faro, en de vier luchthavens op de Azoren te beheren;

— het tariefbeleid van ANA-EP is gebaseerd op wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die een overheidsmaatregel in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag uitmaken;

— de relevante markten zijn de markten voor diensten in verband met de toegang tot de luchthavenvoorzieningen van elk van de zeven door ANA-EP beheerde luchthavens;

— aangezien het verkeer van de drie luchthavens op het vasteland (Lissabon, Porto en Faro) grotendeels tussen Portugal en de andere lidstaten plaatsvindt, heeft het betrokken stelsel van vergoedingen een invloed op de handel tussen de lidstaten; dit is daarentegen niet het geval met de vier luchthavens op de Azoren, waarvan het verkeer geheel binnenlands of afkomstig uit derde landen is;

— de drie luchthavens op het vasteland verwerken grote verkeersstromen en bedienen het gehele Portugese vasteland, zodat deze luchthavens, die intracommunautaire verbindingen exploiteren, tezamen een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt uitmaken;

— aangezien aan ANA-EP voor elke luchthaven die zij beheert, een exclusief recht is toegekend, bezit zij een machtspositie op de markt voor diensten in verband met het landen en het opstijgen van vliegtuigen waarvoor een vergoeding wordt geheven;

— het betrokken stelsel van landingsvergoedingen leidt ertoe, dat voor luchtvaartmaatschappijen ongelijke voorwaarden gelden bij gelijkwaardige diensten, wat hun een nadeel bij de mededinging berokkent;

— enerzijds volgt uit het stelsel van kortingen volgens het aantal landingen, dat de Portugese maatschappijen TAP en Portugalia voor hun vluchten een gemiddelde korting van respectievelijk 30 en 22 % ontvangen, terwijl dat percentage voor maatschappijen uit andere lidstaten tussen 1 en 8 % ligt. Dit verschil in behandeling wordt evenwel door geen enkele objectieve reden gerechtvaardigd, aangezien de behandeling van een vliegtuig bij landen of opstijgen dezelfde dienst vergt, ongeacht wie de eigenaar ervan is of het aantal vliegtuigen dat tot eenzelfde maatschappij behoort. Daarenboven kan noch de omstandigheid dat de concurrerende luchthavens van Madrid en Barcelona een soortgelijk stelsel

hebben ingevoerd, noch de doelstelling een intensiever gebruik van de infrastructuur en het toerisme in Portugal aan te moedigen, discriminatoire kortingen rechtvaardigen;

— anderzijds kan de vermindering van 50 % voor binnenlandse vluchten, die de maatschappijen benadeelt die intracommunautaire vluchten uitvoeren, niet worden gerechtvaardigd door de doelstelling, de vluchten tussen de Azoren en het continent te helpen, noch door de korte afstand van de binnenlandse vluchten. Zo vallen de vluchten naar of vanaf de Azoren in ieder geval buiten de beschikking. Voorts wordt de vergoeding berekend op basis van het gewicht van het toestel en niet van de afstand, waar nog bij komt dat korte internationale vluchten niet voor de betrokken vermindering in aanmerking komen;

— wanneer een onderneming met een machtspositie, zoals ANA-EP, ten opzichte van haar handelspartners de hiervóór uiteengezette voorwaarden toepast, vormt zulks misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub c, EG-Verdrag;

— de uitzondering van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, waarop de Portugese autoriteiten zich overigens niet hebben beroepen, is niet van toepassing;

— voorzover het betrokken vergoedingstelsel ANA-EP is opgelegd bij overheidsmaatregel, vormt deze een inbreuk op artikel 90, lid 1, van het Verdrag in samenhang met artikel 86 daarvan, wat de toepassing van dit stelsel op de Portugese luchthavens op het vasteland betreft.

11. De Commissie heeft bijgevolg geoordeeld, dat het stelsel van kortingen op de landingsvergoedingen en van variabele tarieven naar gelang van de herkomst van de vlucht, dat bij wetsbesluit nr. 102/90, besluit nr. 38/91 en ministerieel besluit nr. 352/98 is ingevoerd op de luchthavens van Lissabon, Porto en Faro, een maatregel vormt die onverenigbaar is met artikel 90, lid 1, van het Verdrag in samenhang met artikel 86 daarvan (artikel 1 van beschikking 1999/199). Zij heeft Portugal gelast, die inbreuk te beëindigen en haar binnen twee maanden na de kennisgeving van de beschikking mee te delen welke maatregelen zij daartoe heeft getroffen (artikel 2 van de beschikking).

12. In haar beroep baseert de Portugese Republiek zich op middelen, betreffende enerzijds de door de Commissie gekozen vorm en procedure en anderzijds de inhoud van de bestreden handeling.

13. Op het eerste gebied stelt verzoekster drie middelen: gebrekkige motivering,

schending van het evenredigheidsbeginsel en misbruik van bevoegdheid.

17. Aangezien artikel 90, lid 3, van het Verdrag bepaalt dat de Commissie, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten richt, was de Commissie ten slotte gehouden de noodzaak van haar optreden en de keuze van het instrument van de beschikking en niet van de richtlijn te rechtvaardigen.

Gebrekkige motivering

14. Volgens de Portugese Republiek is de bestreden beschikking gebrekkig gemotiveerd, en zulks om vier redenen. De Commissie had namelijk moeten preciseren waarom zij zich in casu op artikel 90, lid 3, van het Verdrag heeft gebaseerd, terwijl zij met betrekking tot de belasting op diensten aan passagiers en de veiligheidsbelasting, die net als de landingsvergoedingen luchthavenbelastingen zijn, de niet-nakomingsprocedure heeft ingeleid.

18. De Commissie repliceert dat zij bij toepassing van artikel 90, lid 3, van het Verdrag alleen dient aan te geven om welke redenen zij meent dat is voldaan aan de voorwaarden van lid 1 van dit artikel. Daarentegen behoeft zij de noodzakelijkheid van de toepassing van deze bepaling of de keuze van het gebruikte instrument niet te rechtvaardigen. Daarover oordeelt zij namelijk alleen.

19. Wat te denken van deze argumenten?

15. Bovendien had de Commissie uiteen moeten zetten waarom zij zich in de bestreden beschikking op de mededingingsregels en niet — zoals in de niet-nakomingsprocedure — op de vrijheid van dienstverrichting heeft gebaseerd.

20. Aangaande de noodzaak de keuze van de Commissie tussen de artikelen 90, lid 3, van het Verdrag en 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) te motiveren, zij herinnerd aan vaste rechtspraak van het Hof volgens welke artikel 90, lid 3, van het Verdrag de Commissie belast met het toezicht op de naleving door de lidstaten van de op hen rustende verplichtingen ten aanzien van de in artikel 90, lid 1, van het Verdrag bedoelde ondernemingen en haar uitdrukkelijk de bevoegdheid verleent zich daartoe te bedienen van twee verschillende rechtsinstrumenten, te weten richtlijnen en beschikkingen. Derhalve erkende het Hof dat de Commissie bevoegd is vast te stellen dat een bepaalde overheidsmaatregel onverenigbaar is met de bepalingen van het

16. Ook had de Commissie veel uitvoeriger moeten ingaan op de situatie op de luchthavens van de andere lidstaten.

Verdrag en aan te geven welke maatregelen de lidstaat tot welke de beschikking is gericht, dient te nemen om zijn gemeenschapsrechtelijke verplichtingen na te komen. [3]

21. Derhalve mocht de Commissie zich, gezien de bepaalde overheidsmaatregel die de vaststelling van de litigieuze vergoedingen volgens haar vormt, dus ontegenzeggelijk op artikel 90, lid 3, van het Verdrag baseren.

22. De eventuele mogelijkheid de niet-nakomingsprocedure in te leiden kan de door voormelde rechtspraak aan de Commissie toegekende bevoegdheid om gebruik te maken van artikel 90, lid 3, van het Verdrag niet beperken. Dat blijkt duidelijk uit het arrest Nederland e.a./Commissie (reeds aangehaald) waarin het Hof het argument heeft verworpen dat de Commissie zich voor de vaststelling van een bepaalde schending van de verdragsbepalingen op artikel 169 van het Verdrag had moeten baseren.

23. Het recht van de Commissie artikel 90, lid 3, van het Verdrag te gebruiken, wordt evenmin beperkt doordat zij voor maatregelen die volgens verzoekster verband houden met de litigieuze vergoedingen, een niet-nakomingsprocedure heeft ingeleid.

24. Terloops merk ik om te beginnen op dat er volgens de Commissie geen verband tussen de verschillende vergoedingen bestaat en de vastgestelde inbreuk niet arbitrair of onlogisch is afgebakend. Dienaangaande wijst zij erop dat de verschillende categorieën luchthavengelden weliswaar gemeenschappelijke kenmerken vertonen, doch dat elke categorie overeenkomt met een specifieke dienst, die wordt verleend door de entiteiten, die de luchthavens beheren zodat elke categorie afzonderlijk met inachtneming van haar eigen kenmerken kan worden geanalyseerd.

25. In elk geval heeft het Hof verklaard dat de Commissie over een zeer ruime bevoegdheid beschikt om te beoordelen of het opportuun is tegen een lidstaat op te treden, vast te stellen welke bepalingen zijn geschonden en te bepalen op welk tijdstip de niet-nakomingsprocedure wordt ingeleid. [4]

26. Bijgevolg mocht de Commissie het voorwerp van haar beroep wegens niet-nakoming beperken tot bepaalde vergoedingen en andere daarbij buiten beschouwing laten. Zoals gezegd, stond het haar vrij om over deze laatste op basis van artikel 90, lid 3, van het Verdrag te beslissen, omdat haars inziens was voldaan aan de basisvoorwaarden van deze bepaling.

3 — Zie arrest van 12 februari 1992, Nederland e.a./Commissie (C-48/90 en C-66/90, Jurispr. blz. I-565, punten 25-28).

4 — Arrest van 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 27).

27. Ook al staat dus vast dat de Commissie voor artikel 90, lid 3, in plaats van voor artikel 169 van het Verdrag mocht kiezen, moet ik gelet op verzoeksters argumenten toch nagaan of de Commissie haar keuze niet had moeten motiveren.

28. De Commissie beklemtoont en mijns inziens terecht, dat van haar in beginsel niet kan worden verlangd dat zij in elk van haar handelingen uitlegt om welke reden zij geen andere handeling heeft vastgesteld, want dat zou haar werkzaamheden verlammen.

29. Dienaangaande is het van belang eraan te herinneren dat de verplichting een handeling te motiveren ertoe strekt de justitiabele in staat te stellen de aan deze handeling ten grondslag liggende redenen te begrijpen, om ze in voorkomend geval te kunnen betwisten en de rechter in staat te stellen de wettigheid ervan te toetsen. [5]

30. Daaruit volgt in casu dat de bestreden beschikking een gedegen uiteenzetting moet bevatten van de aard van de aan de adressaat verweten inbreuk, de redenen die de Commissie tot deze inbreuk hebben doen concluderen, en de door haar van de adressaat verlangde maatregelen.

31. Verzoekster beweert niet dat de Commissie deze verplichting in casu niet is nagekomen. Zij betwist dus niet dat zij de aard en motivering van de door de Commissie geformuleerde verwijten probleemloos aan de hand van de tekst van de beschikking kan begrijpen.

32. Een dergelijke betwisting zou overigens te meer verbazen nu, naar verzoekster zelf toegeeft, talrijke contacten tussen de Portugese autoriteiten en de Commissie aan de beschikking zijn voorafgegaan. Het gaat dus om een in de rechtspraak van het Hof vaak voorkomende situatie waarin rekening moet worden gehouden met het feit dat de lidstaat nauw bij de totstandkoming van de litigieuze handeling was betrokken en de eraan ten grondslag liggende redenen dus kent. [6]

33. Ten slotte voeg ik eraan toe dat de Commissie volgens de rechtspraak van het Hof hoe dan ook over een discretionaire bevoegdheid beschikt om te beoordelen of al dan niet een niet-nakomingsprocedure moet worden ingeleid. [7] Daaruit volgt noodzakelijkerwijze dat haar keuze ter zake niet vatbaar is voor rechterlijke toetsing. Zoals reeds gezegd, moet de motiveringsplicht worden beschouwd in de context van een dergelijke toetsing en kan dus niet worden uitgebreid tot aspecten van de bestreden handeling die binnen de discreti-

5 — Zie, als voorbeeld van vaste rechtspraak, arrest van 22 januari 1986, Eridania e.a. (250/84, Jurispr. blz. 117).

6 — Zie, als voorbeeld van vaste rechtspraak, arrest van 17 oktober 1995, Nederland/Commissie (C-478/93, Jurispr. blz. I-3081, punten 48-50).

7 — Arrest van 14 februari 1989, Star Fruit/Commissie (247/87, Jurispr. blz. 291, punt 11).

onaire bevoegdheid van de auteur ervan vallen, waardoor daartegen geen beroep kan worden ingesteld.

34. Om voormelde redenen moet verzoeksters eerste argument mijns inziens worden verworpen.

35. Vervolgens stelt verzoekster dat de Commissie had moeten uitleggen waarom zij zich op de mededingingsregels van het Verdrag en niet op die betreffende het vrij verrichten van diensten heeft gebaseerd.

36. Uit het voorgaande volgt dat de Commissie gelet op haar motiveringsplicht in de bestreden handeling moet uiteenzetten waarom volgens haar sprake is van een inbreuk op de mededingingsregels. Daarentegen hoeft zij niet specifiek uit te leggen waarom zij niet op basis van een andere rechtsgrondslag tegen de litigieuze overheidsmaatregel is opgetreden.

37. Of de adressaat van de handeling deze kan betwisten en of de rechter de geldigheid ervan kan toetsen hangt namelijk alleen af van het bestaan van een motivering die de conclusie van de Commissie rechtvaardigt.

38. Dit argument moet dus ook worden verworpen.

39. Verzoekster stelt nog dat de Commissie de situatie in andere lidstaten niet onvermeld mocht laten.

40. Deze stelling kan niet worden aanvaard. De bestreden beschikking betreft namelijk de vaststelling van een overtreding van de mededingingsregels. Of daarvan sprake is hangt geenszins af van het bestaan van soortgelijke maatregelen in een of meerdere andere lidstaten. Verzoekster stelt overigens niet dat er sprake is van een dergelijk verband.

41. Het is dus absoluut niet duidelijk waarom de motivering van de bestreden beschikking had moeten ingaan op de situatie in andere lidstaten.

42. Verzoekster is zeker gerechtigd zich op het standpunt te stellen dat het, gelet op het bestaan van soortgelijke overtredingen in andere lidstaten, inopportuun was dat de Commissie slechts een beschikking gaf, die alleen de Portugese Republiek raakte, en daarin geen aandacht besteedde aan de situatie in de rest van de Gemeenschap.

43. Niettemin doet dat standpunt in een geschil over de geldigheid van de motivering van de bestreden handeling niet ter zake.

44. Ten slotte meent de Portugese Republiek dat de Commissie had moeten motiveren waarom zij voor het instrument van de beschikking had gekozen, terwijl zij krachtens artikel 90, lid 3, van het Verdrag ook een richtlijn had kunnen vaststellen, waarmee het probleem in alle lidstaten en niet alleen in Portugal zou zijn geregeld.

45. In deze context verwijst zij naar het feit dat de Commissie zonder gebruikmaking van haar eigen bevoegdheid om een richtlijn vast te stellen bij de Raad een voorstel voor een richtlijn betreffende de luchthavengelden [8] had ingediend. Daaruit blijkt dat dit probleem via een normatieve handeling en niet via een individuele beschikking moest worden geregeld.

46. Met de Commissie moet evenwel worden vastgesteld dat het Hof heeft verklaard dat de bij artikel 90, lid 3, van het Verdrag aan de Commissie verleende bevoegdheid een ander en specifieker doel heeft dan de aan de Raad verleende wetgevende bevoegdheden. Dat de Raad op grond van een algemene bevoegdheid krachtens andere verdragsartikelen eventueel een regeling kan vaststellen, die bepalingen bevat die het specifieke terrein van artikel 90 van het Verdrag raken, staat niet in de weg aan de uitoefening van de door dit laatste artikel aan de Commissie verleende bevoegdheid. [9]

47. Aan het bestaan van een voorstel voor een richtlijn betreffende de luchthavengelden kan dus geen argument worden ontleend om te betwisten dat de Commissie bevoegd was om maatregelen op dat gebied te nemen.

48. Verzoeksters argument betreft evenwel vooral de keuze van de Commissie om zelf geen richtlijn vast te stellen, doch een beschikking te geven.

49. Dienaangaande herinner ik in de eerste plaats aan de rechtspraak volgens welke „uit de bewoordingen van artikel 90, lid 3, en de structuur van artikel 90 in zijn geheel volgt, dat de Commissie op het in de leden 1 en 3 bedoelde gebied een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft zowel wat het door haar noodzakelijk geachte optreden, als de daartoe geschikte middelen betreft". [10]

50. Bijgevolg mocht de Commissie a priori het instrument van de beschikking gebrui-

8 — COM(97) 154 def.

9 — Arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223).

10 — Arrest van 20 februari 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commissie (C-107/95 P, Jurispr. blz. I-947), alsook arrest Nederland/Commissie, reeds aangehaald.

ken. Wat de motivering van deze keuze betreft, behoorde zij alleen uiteen te zetten waarom er volgens haar sprake was van een overheidsmaatregel die een schending van de mededingingsregels oplevert.

51. Zoals reeds in de context van verzoeksters eerste argument gezegd, behoefde de Commissie daarentegen, omdat de genomen maatregel inhoudelijk was gemotiveerd, niet ook nog aan te geven om welke redenen zij geen andere handeling had vastgesteld.

52. Verzoeksters eerste middel moet dus volledig worden afgewezen.

Schending van het evenredigheidsbeginsel

53. Volgens verzoekster heeft de Commissie door een beschikking op basis van artikel 90, lid 3, van het Verdrag te geven de meest bezwarende en minst doeltreffende weg gekozen. Aangezien niet wordt betwist dat bij het geven van de bestreden beschikking in een meerderheid van de lidstaten soortgelijke stelsels van kortingen op luchthavenvergoedingen werden toegepast, had de Commissie eerder moeten kiezen voor een algemene maatregel dan voor een beschikking die per definitie alleen de Portugese Republiek raakt.

54. In deze context beklemtoont laatstgenoemde dat de schending van het evenredigheidsbeginsel voortvloeit uit het feit dat de Commissie met haar beschikking alleen de Portugese autoriteiten heeft verplicht tot een stelselwijziging, met als gevolg dat de Portugese transporteurs te maken krijgen met onbillijke mededingingsvoorwaarden in de andere lidstaten die hun stelsels mogen handhaven, ofschoon zij vergelijkbaar zijn met het door de Commissie bekritiseerde Portugese stelsel.

55. Ook in het kader van deze grief komt de Portugese Republiek dus tot de conclusie dat de Commissie zich ertoe had moeten beperken de vaststelling door de Raad van een richtlijn tot regeling van deze materie te bespoedigen, of bij gebreke daarvan een richtlijn op basis van artikel 90, lid 3, van het Verdrag had moeten vaststellen.

56. Dat is de enige doeltreffende maatregel, aangezien het de enige mogelijkheid is te garanderen dat alle lidstaten gelijktijdig hun stelsels van luchthavengelden in overeenstemming met het gemeenschapsrecht brengen.

57. Dienaangaande stelt de Commissie mijns inziens terecht dat zulks niet het

geval is. Een richtlijn op basis van artikel 90, lid 3, van het Verdrag kan namelijk slechts van toepassing zijn op overheidsmaatregelen en dus geen gevolgen hebben voor regelingen die niet kunnen worden toegeschreven aan een lidstaat, doch alleen aan de ondernemingen die een luchthaven beheren.

58. De Portugese Republiek stelt weliswaar dat al deze ondernemingen in feite voldoen aan de voorwaarden om binnen de werkingssfeer van artikel 90 te vallen, doch zonder het bewijs daarvan te leveren of de geldigheid aan te vechten van het door de Commissie tot onderbouwing van haar standpunt aangehaalde voorbeeld, namelijk dat van de Finse luchthavens waartegen, nadat zij uit eigen beweging een soortgelijk kortingstelsel hadden vastgesteld, een slechts op artikel 86 van het Verdrag gebaseerde beschikking is gegeven, zonder dat de Commissie artikel 90 heeft toegepast.

59. Bovendien herinnert de Commissie aan voormelde rechtspraak die haar een ruime beoordelingsbevoegdheid bij de toepassing van artikel 90, lid 3, van het Verdrag verleent.

60. Uit deze rechtspraak vloeit mijns inziens voort dat de Commissie, wanneer zij van mening is dat een bepaalde overheidsmaatregel een schending van artikel 90 in samenhang met een andere verdragsbepaling vormt, een beschikking mag geven die dient om de schending te beëindigen.

61. Het feit dat ook andere lidstaten in overtreding zijn, is in dit verband irrelevant.

62. Zo heeft het Hof in het arrest Nederland/Commissie (reeds aangehaald) gepreciseerd dat de beschikking van de Commissie op basis van artikel 90, lid 3, van het Verdrag wordt „vastgesteld met het oog op een bepaalde situatie in een of meer lidstaten". Anders dan verzoekster meent, geldt voor de beschikking dus niet als voorwaarde dat de schending alleen bestaat in de lidstaat waaraan de beschikking is gericht.

63. Bovendien komt verzoeksters standpunt erop neer, ook al meent zij van niet, dat een lidstaat het recht heeft om een met het gemeenschapsrecht strijdige maatregel te handhaven onder het voorwendsel dat in andere lidstaten soortgelijke maatregelen bestaan.

64. Het enige argument van de Portugese Republiek voor haar stelling dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden, is immers ontleend aan de situatie in de andere lidstaten. Deze situatie zou de Commissie beletten om op te treden, omdat zij anders dit beginsel zou schenden, met het nood-

zakelijke gevolg dat een lidstaat dus volledig vrijuit gaat.

65. Het spreekt voor zich dat deze stelling onverenigbaar is met 's Hofs vaste rechtspraak volgens welke een lidstaat niet als verweer kan aanvoeren dat andere lidstaten het gemeenschapsrecht schenden. [11]

66. Verzoeksters tweede middel moet dus ook worden afgewezen.

Misbruik van procedure

67. In deze context stelt verzoekster dat de Commissie geen onbeperkte keuzevrijheid heeft om te beslissen een beschikking op basis van artikel 90, lid 3, van het Verdrag te geven dan wel een niet-nakomingsprocedure in te leiden.

68. Immers, zodra vaststaat dat meerdere lidstaten in overtreding zijn, moet de Commissie artikel 169 van het Verdrag toepassen want anders zou er sprake zijn van misbruik van procedure.

69. Verzoekster legt evenwel niet uit waarom het feit dat meerdere lidstaten in overtreding zijn, meebrengt dat de Commissie artikel 90, lid 3, van het Verdrag niet meer zou kunnen toepassen.

70. Dienaangaande herinner ik er bovendien aan dat voormelde rechtspraak van het Hof uitgaat van het beginsel van keuzevrijheid van de Commissie en dat daaruit geenszins blijkt dat zij rekening moet houden met de situatie in andere lidstaten dan de adressaat van de door haar ingeleide procedure.

71. Ik geef het Hof dus in overweging het middel betreffende misbruik van procedure af te wijzen, en maak de volgende opmerkingen slechts volledigheidshalve.

72. De Commissie legt verzoeksters argumenten ruim uit en ziet daarin ook het verwijt van schending van de rechten van de verdediging, want artikel 169 van het Verdrag voorziet in een precontentieuze procedure waaraan zij zich heeft onttrokken door artikel 90, lid 3, van het Verdrag te gebruiken.

11 — Arrest van 25 september 1979, Commissie/Frankrijk (232/78, Jurispr. blz. 2729).

73. Verzoekster zegt evenwel niets over de eerbiediging van de rechten van de verdediging. Zoals ook de Commissie verklaart, geldt het beginsel van de rechten van de verdediging hoe dan ook in elke procedure, ook wanneer uitdrukkelijke bepalingen ontbreken. Dat de Commissie artikel 90, lid 3, van het Verdrag en niet artikel 169 van het Verdrag heeft gebruikt, kan op zich dus geen schending van de rechten van de verdediging opleveren. Ten slotte, verzoekster heeft niet beweerd dat de Commissie de rechten van de verdediging in de procedure tot vaststelling van de litigieuze beschikking in concreto heeft geschonden.

74. In repliek spreekt verzoekster ook over een eventueel misbruik van bevoegdheid. Voorzover dit een nieuw middel is, is het niet-ontvankelijk.

75. Volgens de rechtspraak van het Hof kan er hoe dan ook slechts worden gesproken van misbruik van bevoegdheid wanneer objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat de litigieuze handeling is vastgesteld met het uitsluitende of althans beslissende doel andere doeleinden te bereiken dan die welke door de betrokken machtigingsbepaling worden gesteld en nagestreefd. Verzoekster toont evenwel geenszins aan dat zulks in casu het geval is. [12]

12 — Arrest van 21 juni 1984, Lux/Rekenkamer (69/83, Jurispr. blz. 2447).

76. Wat de inhoud van de beschikking betreft voert verzoekster twee middelen aan die achtereenvolgens moeten worden besproken.

Ontbreken van discriminatie op grond van nationaliteit

77. Volgens verzoekster moet de bestreden beschikking nietig worden verklaard, omdat de Commissie niet aantoont dat er sprake is van een discriminatie op grond van nationaliteit, terwijl artikel 90, lid 3, van het Verdrag meer in het bijzonder verwijst naar artikel 6 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 12 EG), dat elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt.

78. Zoals de Portugese regering beklemtoont, is het juist dat de litigieuze kortingen geen rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit inhouden, aangezien zij ongeacht de herkomst of de nationaliteit van de vliegtuigen kunnen worden verkregen. Aangezien de transporteurs van andere lidstaten krachtens het gemeenschapsrecht binnenlandse vluchten kunnen maken, kan het voorbehouden van de kortingen aan deze vluchten geen directe discriminatie op grond van nationaliteit vormen.

79. Dit neemt evenwel niet weg dat, zoals ook de Commissie in de bestreden beschik-

king vaststelt, de Portugese transporteurs in de praktijk veel hogere kortingen genieten, namelijk gemiddeld 30 % respectievelijk 22 %, dan de transporteurs van andere lidstaten, die kortingen tussen 8 % en 1 % krijgen. Verzoekster betwist deze cijfers overigens niet.

80. Ook al kan dus de vraag worden gesteld of de betrokken kortingen echt non-discriminatoir zijn, er is helemaal geen reden om hierover te debatteren. De tekst van artikel 90, lid 3, van het Verdrag laat immers geen ruimte voor twijfel en dwingt tot de slotsom dat de toepassing ervan niet is beperkt tot de gevallen waarin een overheidsmaatregel artikel 6 van het Verdrag schendt. Zo verwijst deze bepaling ook uitdrukkelijk naar artikel 86 van het Verdrag.

81. De Commissie mag zich dus volledig op deze bepaling baseren wanneer zij optreedt tegen een maatregel die zij niet als een formele discriminatie beschouwt, doch die haars inziens onverenigbaar is met artikel 86 van het Verdrag. In casu heeft zij dat ook gedaan.

82. Ik zal de zaak dus verder in het kader van deze laatste bepaling bespreken.

Ontbreken van misbruik van machtspositie

83. Zoals gezegd bekritiseert de Commissie de litigieuze kortingen om twee redenen. Enerzijds wordt alleen aan binnenlandse vluchten een korting van 50 % toegekend. Anderzijds voorziet de bestreden regeling in stijgende kortingen voor transporteurs met een groot aantal landingen op de betrokken luchthavens.

84. In de eerste plaats dient het probleem van het onderscheid tussen binnenlandse en internationale vluchten te worden onderzocht.

De binnenlandse vluchten

85. In de eerste plaats wijst verzoekster erop dat de communautaire transporteurs die krachtens de gemeenschapsregeling dergelijke binnenlandse vluchten kunnen verrichten, evenals hun Portugese concurrenten deze kortingen krijgen. Het stelsel houdt dus geen enkele discriminatie in, doch bevat een onderscheid op basis van een objectief criterium dat gerechtvaardigd is om redenen die niets van doen hebben met de intentie de eigen luchtvaartmaatschappijen te bevoordelen.

86. Vaststaat namelijk dat een luchtvaartmaatschappij van een andere lidstaat, die tussen twee Portugese steden vliegt, de vermindering van 50 % van de landingsvergoedingen krijgt.

87. De Portugese Republiek stelt dat deze korting voor de vluchten tussen de Portugese luchthavens op het vasteland (Lissabon, Porto en Faro) gerechtvaardigd is omdat het om korte verbindingen gaat, waarvan de prijs zo laag mogelijk moet worden gehouden.

88. Dienaangaande stelt de Commissie dat, wanneer het litigieuze stelsel ertoe zou strekken de korte vluchten te begunstigen, de kortingen ook voor vluchten vanuit Portugal naar Madrid, Sevilla, Malaga en Santiago zouden moeten worden gegeven en de factor „afstand" in de vergoeding zou moeten worden verrekend.

89. Mijns inziens moet die stelling worden gevolgd. Vaststaat immers dat artikel 86 van het Verdrag nauwelijks ruimte voor twijfel laat. Een onderneming die een machtspositie heeft, mag volgens de tweede alinea, sub c, van deze bepaling „ten opzichte van handelspartners [...] [geen] ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties [toepassen], hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging".

90. Verzoekster betwist de analyse in de bestreden beschikking dat er in casu sprake is van een machtspositie evenwel niet.

91. Bovendien zijn de dienstverrichtingen die de tegenprestatie van de landingsvergoedingen vormen voor een binnenlandse en voor een intracommunautaire vlucht van vergelijkbare afstand zonder meer identiek.

92. In dit verband komt de situatie overeen met die in de zaak Corsica Ferries.[13] Daarin stelde het Hof vast dat de betrokken havenloodsdiensten niet verschilden naargelang de schepen al dan niet een binnenlandse verbinding onderhielden, en kwam het tot de conclusie dat een tariefdiscriminatie op basis van dit criterium misbruik van een machtspositie opleverde.

93. Wat de verbindingen tussen het continent en de autonome gebieden of tussen de autonome gebieden onderling betreft, baseert verzoekster zich op de verwijzing naar het doel van economische en sociale samenhang in artikel 3 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3 EG) alsook op de aan de Azoren en Madeira bij artikel 227 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 299 EG) toegekende status van ultraperifere gebieden.

13 — Arrest van 17 mei 1994 (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 45).

94. De Commissie verklaart evenwel terecht dat dergelijke overwegingen slechts een rol kunnen spelen wanneer, zoals bepaald in artikel 90, lid 2, van het Verdrag, de mededingingsregels zouden verhinderen dat de betrokken ondernemingen hun taak van openbare dienst vervullen, wat in casu niet is gesteld.

95. Bovendien staat de gemeenschapsregeling [14] de Portugese Republiek toe openbaredienstverplichtingen op te leggen om rekening te houden met de bijzonderheden van de betrokken bestemmingen.

96. Ten slotte betreft de bestreden beschikking in geen geval de verbindingen naar de Azoren en tussen de luchthavens van deze archipel.

97. Mijns inziens heeft de Commissie zich dus terecht op het standpunt gesteld dat het feit dat alleen voor binnenlandse vluchten kortingen werden verleend, misbruik van een machtspositie vormt.

14 — Zie artikel 4 van verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB L 240, blz. 8).

De hoeveelheidskortingen

98. Wat de hoeveelheidskortingen betreft, voert verzoekster diverse argumenten aan. Vooral één daarvan lijkt mij de aandacht waard.

99. Om te beginnen stelt zij dat de praktijk van de hoeveelheidskortingen een commerciële keuze is, die ANA-EP niet op grond van haar machtspositie mag worden ontzegd.

100. Niettemin blijkt zowel uit de tekst van artikel 86 van het Verdrag als uit 's Hofs rechtspraak dat de commerciële keuzes voor ondernemingen in het algemeen, niet noodzakelijkerwijze openstaan voor een onderneming met een machtspositie. Artikel 86, tweede alinea, noemt namelijk als voorbeelden van misbruik een aantal gedragingen waarvan althans sommige volledig geoorloofd zijn, zolang het geen gedragingen van een onderneming met een machtspositie zijn.

101. Daaruit volgt ook dat de Commissie door te verklaren dat een onderneming met een onmiskenbare machtspositie, zoals ANA-EP, geen hoeveelheidskortingen mag geven, geen inbreuk maakt op het door verzoekster uit artikel 222 EG-Verdrag

(thans artikel 295 EG) [15] afgeleide neutraliteitsbeginsel, op grond waarvan ondernemingen naar gemeenschapsrecht niet slechter kunnen worden behandeld onder het voorwendsel dat een lidstaat hun bijzondere of uitsluitende rechten heeft toegekend.

102. De Commissie bekritiseert die toekenning namelijk niet en verwijst ook zelf naar de rechtspraak van het Hof volgens welke, wanneer een onderneming met dergelijke uitsluitende rechten daardoor een machtspositie kan verwerven, hieruit niet volgt dat de toekenning van deze rechten op zich misbruik vormt. [16]

103. De beschikking van de Commissie betreft dus niet het bestaan van aan ANA-EP verleende exclusieve rechten, doch het gebruik van de daaruit voortvloeiende machtspositie, een probleem dat niet onder het door verzoekster ingeroepen artikel 222 van het Verdrag kan vallen.

104. Bovendien wijst verzoekster op de noodzaak tot ontwikkeling van de verbindingen tussen de betrokken luchthavens wat de desbetreffende gebieden ook ten goede komt.

105. Dit argument houdt verband met de stelling van de Portugese Republiek dat de hoeveelheidskortingen zijn te rechtvaardigen door het feit dat zij een intensief gebruik van de betrokken luchthavens bevorderen. „De frequentie of de intensiteit van het gebruik van infrastructuur waarvan de aanleg en het onderhoud zo duur is, is beslissend in een strategisch (her)investeringsbeleid voor de ontwikkeling van deze luchthaveninfrastructuur en heeft ook invloed op de definitieve kosten van afschrijving van de investeringen." [17]

106. Dienaangaande wijs ik er in de eerste plaats op dat, zoals ook de Commissie in de bestreden beschikking uiteenzet [18], het aan een onderneming met een machtspositie opgelegde verbod om hoeveelheidskortingen te geven niet absoluut is. Uit de rechtspraak van het Hof volgt namelijk dat, wanneer de verhoging van de geleverde hoeveelheid de kosten van de leverancier doet dalen, hij zijn klanten via een gunstiger tarief van deze verlaging mag laten profiteren. [19]

107. Gaat het in casu om een dergelijk geval? Zijn er, om de woorden van de Commissie te herhalen, wat de kosten van

15 — „Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet."

16 — Zie arrest Corsica Ferries, reeds aangehaald.

17 — Punt 64 van het verzoekschrift.

18 — Zie punten 27 e.v. van de motivering.

19 — Arresten van 14 februari 1978, United Brands/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207), en 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461).

de geleverde dienst betreft, objectieve redenen die het verlenen van hoeveelheidskortingen zouden rechtvaardigen?

108. Ik deel het standpunt van de Commissie dat de kosten van de door de luchthavenbeheerder geleverde dienst dezelfde zijn, of het nu om de eerste of om de honderdste vlucht van een maatschappij gaat.

109. Mijns inziens is het argument van de Portugese Republiek daarmee echter niet geheel beantwoord. In het algemeen is het immers onomstreden dat bij intensief gebruikte infrastructuur a priori en in verder gelijke omstandigheden lagere kosten per eenheid mogelijk zijn dan bij onderbenutte infrastructuur.

110. Evenmin valt mijns inziens te betwisten dat de beheerder van deze infrastructuur zijn investeringen gemakkelijker kan plannen, wanneer hij kan rekenen op een bepaald activiteitsvolume doordat een transporteur een luchthaven als basis kiest.

111. Dient derhalve te worden aangenomen dat verzoekster heeft aangetoond dat ANA-EP economische voordelen heeft genoten, die de verleende kortingen kunnen rechtvaardigen?

112. Dat denk ik niet. Zij geeft namelijk geen enkele concrete aanwijzing die het betoog van de Commissie tot bewijs van het ontbreken van die voordelen kan weerleggen.

113. Volgens de Commissie wordt het doel een intensief gebruik van de luchthavens te bevorderen niet bereikt met de litigieuze kortingen. Gelet op het daartoe onderstelde grote aantal landingen per maand komen zij, zoals reeds gezegd, namelijk nagenoeg alleen ten goede aan de Portugese marktdeelnemers, die hun basis hebben op de betrokken luchthavens en deze dus hoe dan ook gebruiken. Kortingspercentages zonder dergelijke drempeleffecten zouden niet aan dezelfde kritiek blootstaan en het gestelde doel beter kunnen bereiken.

114. Een dergelijke redenering valt weliswaar niet te bewijzen, daar zij hypothetisch is, doch dit neemt niet weg dat zij te meer plausibel is nu het eigenlijk moeilijk denkbaar is hoe de marktdeelnemers die hun basis op de betrokken luchthavens hebben en zich in feite nauwelijks elders kunnen installeren, door de litigieuze kortingen tot een intensiever gebruik van betrokken luchthavens zouden kunnen worden aangespoord, tenzij ervan wordt uitgegaan dat zij alleen maar landingen verrichten om van die kortingen te profiteren. Al beïnvloedt het niveau van de landingsgelden duidelijk de rentabiliteit van bepaalde vluchten, het is nauwelijks waarschijnlijk dat hun aantal zo groot is dat het daaruit voortvloeiende extra verkeersvolume een meetbare invloed voor de luchthaven heeft.

115. A priori lijkt het namelijk veel waarschijnlijker dat het aantal vluchten vooral van het verkeersvolume op de betrokken route afhangt. De verdeling van dit aantal vluchten tussen verschillende transporteurs zou voor de exploitant van de luchthaven geen rol mogen spelen.

116. Dit aantal kan door een of twee transporteurs met elk talrijke vluchten worden bereikt, doch evenzeer door een veel groter aantal met elk een geringer aantal landingen. Het is dus perfect denkbaar dat de luchthavenbeheerder, door zijn tarief zodanig te structureren dat de kortingen een groter aantal transportondernemingen ten goede komen, er daadwerkelijk in slaagt het gebruik van de luchthaven te verhogen.

117. Daarbij komt dat de in punt 79 van deze conclusie genoemde, door de Commissie gebruikte en door verzoekster niet betwiste cijfers inderdaad lijken aan te tonen dat de in het geding zijnde kortingen de op de betrokken luchthavens gevestigde transporteurs heel duidelijk begunstigen.

118. Al deze aanwijzingen in aanmerking genomen, kan verzoeksters algemene toespeling op de gunstige financiële gevolgen van een intensief gebruik van de infrastructuur dus niet worden beschouwd als bewijs dat de betrokken kortingen daadwerkelijk en nauwkeurig overeenkomen met kostendalingen voor de exploitant van de luchthavens.

119. De Portugese regering stelt ook dat het zaak is met andere communautaire luchthavens te concurreren door technische tussenlandingen te stimuleren. Deze tussenlandingen zijn uiteraard onafhankelijk van het verkeer.

120. Daarop antwoordt de Commissie onweersproken dat de litigieuze kortingen in elk geval niet voor technische tussenlandingen gelden.

121. Ten slotte, aldus verzoekster, blijkt uit de omstandigheid dat geen enkele communautaire transporteur heeft geklaagd, duidelijk dat het kortingstelsel van ANA-EP de andere communautaire marktdeelnemers niet schaadt.

122. Dit neemt niet weg dat de Commissie uit eigen beweging beschikkingen inzake mededinging mag vaststellen.

123. Uit een en ander volgt dat ook dit middel van verzoekster moet worden afgewezen.

Conclusie

124. Ik geef het Hof in overweging het beroep in zijn geheel te verwerpen en verzoekster in de kosten te verwijzen.