FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 19 oktober 2000 [1]

1. Republiken Portugal har begärt att domstolen skall ogiltigförklara ett beslut av kommissionen grundat på artikel 90.3 i EG-fördraget (nu artikel 86.3 EG), i vilket kommissionen har ansett att det system för landningsavgifter som tillämpas av det offentliga företag som ansvarar för förvaltningen av flygplatserna på portugisiska fastlandet utgör en åtgärd som är oförenlig med artikel 90.1 i fördraget i förening med artikel 86 (nu artikel 82 EG) i detta.

Tillämpliga bestämmelser

2. I det portugisiska lagdekretet nr 102/90 av den 21 mars 1990 stadgas i artikel 18 att de avgiftsbelopp som tas ut för flygtrafiken på de flygplatser som förvaltas av Aeroportos e Navegação Aérea/Empresa Publica (offentligt företag som förvaltar flygplatserna och luftfarten, nedan kallat ANA-EP) skall fastställas genom förordning. Enligt punkt 3 i denna artikel kan skilda avgifter införas beroende på varje enskild flygplats kategori, funktion och nyttjandegrad.

3. I lagdekret nr 38/91 av den 29 juli 1991 fastställs närmare föreskrifter för landningsavgifterna. Enligt artikel 4.1 skall landningsavgift tas ut för varje landning och beräknas utifrån den högsta startmassa som anges i flygvärdighetsbeviset. I artikel 4.5 stadgas 50 procents rabatt på inrikesflygningar.

4. Varje år utfärdas en förordning om uppdatering av nivåerna på landningsavgifterna. Enligt det rabattsystem som infördes genom förordning nr 352/98 av den 23 juni 1998, antagen i enlighet med lagdekret nr 102/90, tillämpas en rabatt på 7,2 procent på Lissabons flygplats (18,4 procent på de andra flygplatserna) efter den femtionde landningen under en månad. Efter den hundrade och den hundrafemtionde landningen tillämpas rabatter på 14,6 respektive 22,5 procent på Lissabons flygplats (24,4 respektive 31,4 procent på de andra flygplatserna). Efter den tvåhundrade landningen erhålls en rabatt på 32,7 procent (40,6 procent på de andra flygplatserna).

5. ANA-EP är ett offentligt företag med uppdrag att förvalta de tre fastlandsflygplatserna (Lissabon, Faro och Porto), ett företag till vilket det ifrågasatta beslutet riktar sig.

1 — Originalspråk: franska.

Bakgrund till tvisten och det ifrågasatta beslutet

6. Kommissionen underrättade genom skrivelse av den 2 december 1996 Republiken Portugal om att den hade inlett en undersökning av rabattsystemen för landningsavgifterna vid medlemsstaternas flygplatser. Den anmodade de portugisiska myndigheterna att översända all information om den gällande portugisiska lagstiftningen för landningsavgifter för att kunna bedöma huruvida de beviljade rabatterna var förenliga med gemenskapens konkurrensregler.

7. När kommissionen hade mottagit de begärda upplysningarna meddelade den genom skrivelse av den 28 april 1997 de portugisiska myndigheterna att den ansåg att det gällande rabattsystemet för landningsavgifterna vid de portugisiska flygplatser som förvaltas av ANA-EP var diskriminerande. Kommissionen uppmanade den portugisiska regeringen att underrätta den om vilka åtgärder den avsåg att vidta i detta avseende och att inkomma med yttrande. Innehållet i denna skrivelse vidarebefordrades till ANA-EP och till de portugisiska flygbolagen TAP och Portugalia, så att även de skulle kunna inkomma med yttranden.

8. I sitt svar av den 3 oktober 1997 gjorde Republiken Portugal i första hand gällande att skilda avgifter beroende på startplatserna för flygningarna var berättigade på grund av att en del av inrikesflyget betjänar flygplatser på öar där det inte finns något alternativ till lufttrafik och att de övriga inrikesflygningarna är mycket korta och har förhållandevis låga priser. För det andra var det gällande systemet för landningsavgifter ett sätt att möta kraven på ekonomisk och social sammanhållning. Vad beträffar de internationella flygningarna var de portugisiska flygplatserna utsatta för konkurrens från flygplatserna i Madrid och Barcelona, som hade samma form av prissättning. För övrigt syftade det gällande systemet till att uppnå skalfördelar genom ett bättre utnyttjande av de portugisiska flygplatserna och Portugal som turistmål.

9. ANA-EP uppgav i sitt svar till kommissionen att det ifrågavarande avgiftssystemet motiverades av nödvändigheten att tillämpa en prispolitik som var jämförbar med den som tillämpades vid flygplatserna i Madrid och Barcelona samt av önskan att minska driftkostnaderna för de transportföretag som oftast och mest regelbundet utnyttjar de flygplatser som ANA-EP förvaltar.

10. Efter ytterligare en skriftväxling mellan kommissionen och Republiken Portugal antog kommissionen den 10 februari 1999 beslut 1999/199/EG.[2] I detta beslut fastslog kommissionen i huvudsak följande:

— ANA-EP är ett sådant offentligt företag som avses i artikel 90.1 i fördraget,

2 — Beslut om ett förfarande enligt artikel 90 i fördraget (IV/35.703 — Portugisiska flygplatser) (EGT L 69, s. 31).

som har exklusiv rättighet att förvalta flygplatserna i Lissabon, Porto, Faro och de fyra flygplatserna på Azorerna.

— ANA-EP:s prispolitik bygger på bestämmelser i lagar och förordningar som utgör en statlig åtgärd enligt artikel 90.1 i fördraget.

— De relevanta marknaderna är marknaden för tjänster i samband med tillträde till flygplatsinfrastrukturen för var och en av de sju flygplatser som förvaltas av ANA-EP.

— Eftersom en betydande majoritet av trafiken på de tre fastlandsflygplatserna (Lissabon, Porto och Faro) sker mellan Portugal och de andra medlemsstaterna, påverkar det ifrågavarande avgiftssystemet handeln mellan medlemsstaterna. Så är däremot inte fallet med de fyra flygplatserna på Azorerna, där det uteslutande förekommer inrikestrafik eller trafik från tredje land.

— De tre flygplatserna på fastlandet har betydande trafik och täcker hela Portugals fastlandsområde, och dessa flygplatser, som ombesörjer förbindelser inom gemenskapen, utgör därför tillsammans en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

— Eftersom ANA-EP har en exklusiv rättighet för varje flygplats som företaget förvaltar, innehar det en dominerande ställning på marknaden för avgiftspliktiga tjänster i samband med flygplans start och landning.

— Det ifrågavarande systemet för landningsavgifter får för flygbolagen till följd att olika villkor tillämpas på likvärdiga prestationer, vilket medför en konkurrensnackdel för vissa flygbolag.

— För det första medför systemet med rabatter som beviljas med utgångspunkt i antalet landningar att de portugisiska bolagen TAP och Portugalia ges en genomsnittlig rabatt på 30 respektive 22 procent på samtliga flygningar, medan rabatten ligger mellan 1 och 8 procent för bolagen i de andra medlemsstaterna. Denna olikhet i behandling är inte motiverad av något objektivt skäl, eftersom ett flygplan vid start och landning kräver samma service oavsett vem som äger det och oavsett hur många flygplan som tillhör ett och samma bolag. Varken det förhållandet att de konkurrerande flygplatserna i Madrid och Barcelona har infört ett motsvarande rabattsystem

eller syftet att verka för ett större utnyttjande av infrastrukturerna och turismen i Portugal kan motivera diskriminerande rabatter.

— För det andra skapar den rabatt på 50 procent som inrikesflyget åtnjuter en nackdel för de bolag som utför flygningar inom gemenskapen, vilket varken motiveras av syftet att stödja flygningarna mellan Azorerna och fastlandet eller av det korta avståndet för inrikesflygningarna. Dels omfattas inte flygningarna till eller från Azorerna av detta beslut, dels är avgiften beräknad utifrån flygplanets vikt och inte utifrån avståndet, och därtill kommer att internationella flygningar med korta avstånd inte åtnjuter den ifrågavarande rabatten.

— Det faktum att ett företag med en dominerande ställning som ANA-EP gentemot sina handelspartner tillämpar sådana villkor som beskrivits ovan utgör ett missbruk av dominerande ställning enligt artikel 86 andra stycket punkt c i fördraget.

— Undantaget i artikel 90.2 i fördraget, vilket för övrigt inte har åberopats av de portugisiska myndigheterna, är inte tillämpligt.

— I den mån det ifrågavarande avgiftssystemet har ålagts ANA-EP genom en statlig åtgärd, utgör denna åtgärd en överträdelse av artikel 90.1 i fördraget i förening med artikel 86, då det gäller dess tillämpning på flygplatserna på det portugisiska fastlandet.

11. Kommissionen ansåg följaktligen att det rabattsystem för landningsavgifter och den differentierade prissättning beroende på startplatsen för flygningen som avses i lagdekret nr 102/90, förordningsdekret nr 38/91 och förordning nr 352/98, på flygplatserna i Lissabon, Porto och Faro, var oförenligt med artikel 90.1 i fördraget i förening med artikel 86 i samma fördrag (artikel 1 i beslut 1999/199). Kommissionen anmodade Republiken Portugal att upphöra med överträdelsen och att inom två månader från delgivningen av beslutet underrätta den om de åtgärder som vidtagits i detta syfte (artikel 2 i beslutet).

12. Republiken Portugal har baserat sin talan på grunder som dels rör den form och det förfarande som kommissionen valt, dels sakfrågan i den ifrågasatta rättsakten.

13. Sökanden har i första hand anfört tre grunder, nämligen bristande motivering,

åsidosättande av proportionalitetsprincipen och maktmissbruk.

17. Eftersom det anges i artikel 90.3 i fördraget att kommissionen vid behov skall utfärda lämpliga direktiv eller beslut till medlemsstaterna, var kommissionen skyldig att motivera att en åtgärd från dess sida var nödvändig och varför den valde att utfärda ett beslut i stället för ett direktiv.

Bristande motivering

14. Republiken Portugal har anfört fyra skäl till att det ifrågasatta beslutet är behäftat med bristande motivering. Kommissionen borde ha förklarat varför den i förevarande fall handlade på grundval av artikel 90.3 i fördraget, medan den i fråga om avgifterna för passagerartjänster och säkerhetsarrangemang, vilka liksom landningsavgifterna utgör flygplatsskatter, inledde ett fördragsbrottsförfarande.

18. Kommissionen har invänt att den när den tillämpar artikel 90.3 i fördraget bara behöver uppge skälen för att den anser att villkoren i punkt 1 i denna artikel är uppfyllda. Däremot anser den sig varken vara skyldig att motivera varför det är nödvändigt att tillämpa denna bestämmelse eller valet av rättsakt, vilket är frågor som den ensam skall bedöma.

19. Vad skall man anse om dessa argument?

15. Dessutom ankom det på kommissionen att förklara varför den i det ifrågasatta beslutet valde att hålla sig inom konkurrensreglernas område och inte som i fördragsbrottsförfarandet inom området för friheten att tillhandahålla tjänster.

16. Kommissionen borde även ha redogjort för den rådande situationen på flygplatserna i de andra medlemsstaterna mycket mer detaljerat än den gjorde.

20. Beträffande nödvändigheten att motivera kommissionens val mellan artikel 90.3 i fördraget och artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG) finns det anledning att erinra om domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken artikel 90.3 i fördraget ger kommissionen i uppdrag att säkerställa att medlemsstaterna iakttar de skyldigheter som åvilar dem beträffande de företag som avses i artikel 90.1 i fördraget och uttryckligen ger den befogenhet att i detta syfte ingripa genom direktiv och beslut. Domstolen har därför tillerkänt kommissionen befogenhet att fastslå att en viss

bestämd statlig åtgärd är oförenlig med bestämmelserna i fördraget och att anvisa vilka åtgärder som den stat som beslutet riktar sig till skall vidta för att uppfylla skyldigheterna enligt gemenskapsrätten. [3]

21. Det är därför obestridligt att kommissionen hade rätt att stödja sig på artikel 90.3 i fördraget i fråga om den bestämda statliga åtgärd som fastställandet av de omtvistade avgifterna enligt kommissionen utgjorde.

22. Den eventuella möjligheten att tillgripa fördragsbrottsförfarandet kan inte begränsa den befogenhet att använda sig av artikel 90.3 i fördraget som har tillerkänts kommissionen genom ovannämnda rättspraxis. Detta framgår tydligt av domen i det ovannämnda målet Nederländerna m.fl. mot kommissionen, där domstolen inte godtog argumentet att kommissionen för att fastslå en bestämd överträdelse av bestämmelserna i fördraget borde stödja sig på artikel 169 i detta.

23. Kommissionens rätt att stödja sig på artikel 90.3 i fördraget påverkas inte heller av det faktum att den, i fråga om åtgärder som sökanden ansåg jämförbara med de omtvistade avgifterna, skulle ha inlett ett fördragsbrottsförfarande.

24. Låt mig först i förbigående påpeka att kommissionen har bestridit att de olika berörda avgifterna är jämförbara och har gjort gällande att avgränsningen av den fastslagna överträdelsen varken är godtycklig eller ologisk. Den har i det avseendet förklarat att även om de olika kategorierna av flygplatsavgifter har gemensamma egenskaper, är det ändå så att varje kategori motsvarar en speciell tjänsteprestation av de enheter som förvaltar flygplatserna och därför kan analyseras för sig med hänsyn till dess utmärkande egenskaper.

25. Under alla omständigheter har domstolen fastslagit att kommissionen förfogar över ett mycket stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller lämpligheten att väcka talan mot en medlemsstat, fastställandet av vilka bestämmelser medlemsstaten åsidosatt och valet av tidpunkt för talan om fördragsbrott. [4]

26. Härav följer att kommissionen hade rätt att begränsa föremålet för sin talan om fördragsbrott till vissa avgifter och inte inkludera andra. Beträffande de sistnämnda hade den rätt att, som det har förklarats ovan, fatta beslut med stöd av artikel 90.3 i fördraget, när den ansåg att villkoren i sak i denna bestämmelse var uppfyllda.

3 — Se dom av den 12 februari 1992 i de förenade målen C-48/90 och C-66/90, Nederländerna m.fl. mot kommissionen (REG 1992, s. I-565; svensk specialutgåva, tillägg, s. 43), punkterna 25—28.

4 — Dom av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 27.

27. Även om det således är fastslaget att kommissionen hade rätt att välja artikel 90.3 framför artikel 169 i fördraget, gör sökandens argumentation det nödvändigt att pröva om inte kommissionen var skyldig att motivera sitt val.

28. Kommissionen har, enligt min mening med rätta, påpekat att man i princip inte kan kräva att den i var och en av sina rättsakter skall förklara varför den inte antar en annan rättsakt, vilket skulle innebära risk för handlingsförlamning.

29. I det avseendet är det viktigt att erinra om att skyldigheten att motivera en rättsakt syftar till att ge den enskilde möjlighet att förstå vilka skäl som ligger till grund för den ifrågavarande rättsakten, för att i förekommande fall kunna bestrida den, och till att domstolen skall kunna utöva sin kontroll av dess lagenlighet. [5]

30. Av detta följer i förevarande fall att det i det ifrågasatta beslutet tillräckligt ingående skall anges vilken slags överträdelse mottagaren kritiseras för, skälen till att kommissionen anser att den nämnda överträdelsen föreligger och vilka åtgärder som den förväntar sig av mottagaren.

31. Sökanden har dock inte påstått att kommissionen skulle ha brustit i denna skyldighet i förevarande mål. Den har således inte bestridit att den av beslutstexten utan någon som helst svårighet kan förstå vilken slags kritik kommissionen har framfört och motiveringen till den.

32. Ett sådant bestridande skulle för övrigt vara så mycket mer förvånande som beslutet föregicks av åtskilliga kontakter mellan de portugisiska myndigheterna och kommissionen, vilket även sökanden har erkänt. Vi har därför en situation som vi ofta möter i domstolens rättspraxis, där hänsyn bör tas till att medlemsstaten har varit nära knuten till utarbetandet av den omtvistade rättsakten och på så sätt känner till de skäl som ligger till grund för den. [6]

33. Låt mig slutligen tillägga att kommissionen enligt domstolens rättspraxis under alla omständigheter förfogar över ett utrymme för eget skön för att bedöma om den bör inleda ett fördragsbrottsförfarande eller inte. [7] Härav följer med nödvändighet att det val den gör i det sammanhanget inte kan bli föremål för domstolsprövning. Som jag har påpekat ovan skall dock motiveringsskyldigheten beaktas vid en sådan prövning, och den kan alltså inte utsträckas till sådana aspekter av den kritiserade

5 — Se, som ett exempel på fast rättspraxis, dom av den 22 januari 1986 i mål 250/84, Eridania m.fl. (REG 1986, s. 117).

6 — Se, som ett exempel på fast rättspraxis, dom av den 17 oktober 1995 i mål C-478/93, Nederländerna mot kommissionen (REG 1995, s. I-3081), punkterna 48—50.

7 — Dom av den 14 februari 1989 i mål 247/87, Star Fruit mot kommissionen (REG 1989, s. 291), punkt 11.

rättsakten som ingår i upphovsmannens skönsmässiga bedömning och på grund av detta gå fri från varje talan.

34. Av de skäl som anges ovan anser jag att sökandens första argument bör underkännas.

35. Sökanden har därefter gjort gällande att kommissionen borde ha förklarat varför den grundade sig på konkurrensreglerna i fördraget i stället för reglerna om friheten att tillhandahålla tjänster.

36. Det framgår av det som anförts ovan att kommissionens motiveringsskyldighet innebär att den i den ifrågasatta rättsakten bör anföra skälen till att den anser att det är fråga om en överträdelse av konkurrensreglerna. Däremot är den inte skyldig att särskilt klargöra varför den inte har angripit den omtvistade statliga åtgärden på en annan rättslig grund.

37. Möjligheten för den som rättsakten riktar sig till att bestrida den, och möjligheten för domstolen att pröva dess giltighet, beror enbart på om det finns en motivering som kan rättfärdiga den slutsats som kommissionen har kommit fram till.

38. Även detta argument bör därför underkännas.

39. Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen inte hade rätt att förbigå den rådande situationen i de andra medlemsstaterna med tystnad.

40. Detta påstående kan inte godtas. Syftet med det ifrågasatta beslutet är ju att fastslå en överträdelse av konkurrensreglerna. Förekomsten av denna överträdelse är på intet sätt beroende av förekomsten av liknande åtgärder i en eller flera andra medlemsstater. Sökanden har inte heller anfört att det skulle föreligga något sådant samband.

41. Jag kan därför omöjligt förstå varför motiveringen av beslutet borde ha omfattat utvecklingen med avseende på situationen i de andra medlemsstaterna.

42. Sökanden har visserligen rätt att anse att det, med hänsyn till att det förekom liknande överträdelser i andra medlemsstater, var olämpligt av kommissionen att enbart fatta ett beslut avseende Republiken Portugal och inte hänvisa till situationen i resten av gemenskapen.

43. En sådan synpunkt hör likväl inte till tvisten om giltigheten av den ifrågasatta rättsaktens motivering.

44. Republiken Portugal anser slutligen att kommissionen borde ha motiverat valet av beslut som rättsakt, eftersom den enligt artikel 90.3 i fördraget även kunde ha antagit ett direktiv, vilket skulle ha gjort det möjligt att reglera problemet i samtliga medlemsstater och inte enbart i Portugal.

45. Republiken Portugal syftar i det sammanhanget på att kommissionen hade förelagt rådet ett förslag till direktiv om flygplatsavgifter, [8] utan att göra bruk av sin egen behörighet att anta ett direktiv, vilket visar att det fanns anledning att reglera detta problem genom en normativ rättsakt och inte genom ett individuellt beslut.

46. Man måste emellertid hålla med kommissionen om att domstolen har fastslagit att syftet med kommissionens behörighet enligt artikel 90.3 i fördraget är annorlunda och mer specifikt än syftet med rådets lagstiftande behörighet. Möjligheten att rådet, i kraft av dess allmänna behörighet under vissa fördragsartiklar, beslutar om regler som innehåller bestämmelser som inkräktar på det särskilda området i artikel 90 i fördraget, hindrar följaktligen inte kommissionen från att utöva den behörighet som den artikeln ger kommissionen. [9]

47. Härav följer att man inte kan stödja sig på att det finns ett förslag till direktiv om flygplatsavgifterna för att bestrida kommissionens behörighet att vidta åtgärder på detta område.

48. Sökandens argument avser dock främst kommissionens val att inte själv anta ett direktiv, utan ett beslut.

49. I det avseendet erinrar jag först och främst om den rättspraxis [10] enligt vilken "[d]et följer... av artikel 90.3 och av systematiken i samtliga bestämmelser i den artikeln att kommissionen har ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning inom det område som avses i artikel 90.1 och 90.3, såväl med avseende på de åtgärder som den anser vara nödvändiga att vidta som de medel som är lämpliga för det syftet".

50. Härav följer att kommissionen *a priori* hade rätt att använda sig av ett beslut. Vad gäller motiveringen av detta val ålåg det

8 — KOM(97) 154 slutlig.

9 — Dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-1223; svensk specialutgåva, volym 11, s. 97).

10 — Dom av den 20 februari 1997 i mål C-107//95 P, Bundesverband der Bilanzbuchhalter mot kommissionen (REG 1997, s. I-947), och domen i det ovannämnda målet Nederländerna mot kommissionen.

endast kommissionen att ange skälen för dess åsikt att det var fråga om en statlig åtgärd som utgjorde ett åsidosättande av konkurrensreglerna.

51. Som det redan har visats ovan i samband med sökandens första argument ålåg det däremot inte kommissionen att, när den motiverade innehållet i den antagna rättsakten, dessutom redogöra för skälen till att den inte hade antagit en annan rättsakt.

52. Sökandens första grund bör därför underkännas i sin helhet.

Åsidosättande av proportionalitetsprincipen

53. Sökanden har gjort gällande att kommissionen, när den antog ett beslut med stöd av artikel 90.3 i fördraget, valde den mest tvingande och minst lämpliga vägen. Eftersom det inte har bestridits att ett stort antal medlemsstater, vid den tidpunkt då det ifrågasatta beslutet fattades, tillämpade liknande rabattsystem på flygplatsavgifterna, borde kommissionen snarare ha antagit en rättsakt med allmän räckvidd än ett beslut som per definition bara påverkade Republiken Portugal.

54. I det sammanhanget har sökanden framhållit att åsidosättandet av proportionalitetsprincipen följer av det faktum att kommissionen, genom att anta ett beslut, enbart ålade de portugisiska myndigheterna att ändra sitt system, med den påföljden att de portugisiska transportföretagen ställdes inför orättvisa konkurrensvillkor i de andra medlemsstaterna, som inte var förhindrade att behålla sina system, trots att de var jämförbara med det system som kommissionen kritiserade i Portugal.

55. Republiken Portugal har följaktligen även beträffande denna anmärkning dragit slutsatsen att kommissionen borde ha nöjt sig med att påskynda rådets antagande av ett direktiv som reglerade frågan eller, åtminstone, med att anta ett direktiv på grundval av artikel 90.3 i fördraget.

56. Det hade varit det enda riktiga, eftersom det hade varit den enda möjligheten att säkerställa att alla medlemsstaterna samtidigt gjorde sina system för flygplatsavgifter förenliga med gemenskapsrätten.

57. Kommissionen har i det avseendet, enligt min mening med rätta, gjort gällande att så inte är fallet. Ett direktiv grundat på

artikel 90.3 i fördraget skulle bara kunna tillämpas på statliga åtgärder och skulle således inte ha någon verkan på bestämmelser som endast är hänförliga till företag som förvaltar flygplatser och inte till medlemsstater.

58. Republiken Portugal har visserligen anfört att alla dessa företag i verkligheten uppfyller villkoren för att omfattas av tillämpningsområdet för artikel 90. De har dock inte framlagt något bevis för detta och har inte heller ifrågasatt giltigheten av det exempel som kommissionen anfört till stöd för sin åsikt, nämligen de finska flygplatserna, som på eget initiativ hade antagit ett rabattsystem av samma slag och blivit föremål för ett beslut grundat enbart på artikel 86 i fördraget, utan att kommissionen använt sig av artikel 90.

59. Kommissionen har dessutom erinrat om den ovan citerade rättspraxis enligt vilken den har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid tillämpning av artikel 90.3 i fördraget.

60. Jag anser att det följer av denna rättspraxis att kommissionen, när den står inför en viss bestämd statlig åtgärd som enligt dess mening utgör ett åsidosättande av artikel 90, i förening med en annan bestämmelse i fördraget, har rätt att fatta ett beslut i syfte att få överträdelsen att upphöra.

61. Det faktum att denna överträdelse förekommer även i andra medlemsstater saknar i det avseendet relevans.

62. Domstolen har således i domen i det ovannämnda målet Nederländerna mot kommissionen klargjort att kommissionens beslut grundat på artikel 90.3 i fördraget "antas mot bakgrund av en viss bestämd situation i en eller flera medlemsstater". Det är således, i motsats till vad sökandens påstående innebär, inte villkorat av att överträdelsen föreligger enbart i den medlemsstat som beslutet riktar sig till.

63. Dessutom innebär sökandens påstående, även om den förnekar det, att en medlemsstats rätt att behålla en åtgärd som strider mot gemenskapsrätten bekräftas, under förevändning att liknande åtgärder förekommer i andra medlemsstater.

64. Det enda argument som Republiken Portugal har åberopat för att hävda att proportionalitetsprincipen har åsidosatts är situationen i de andra medlemsstaterna, vilken enligt sökanden gör att kommissionen inte kan väcka talan utan att åsidosätta denna princip och som en nödvändig följd

därför innebär att en medlemsstat har rätt att handla utan att riskera rättsliga påföljder.

65. Det säger sig självt att en sådan uppfattning är oförenlig med domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken en medlemsstat inte kan tillåtas att till sitt försvar åberopa att andra medlemsstater har åsidosatt gemenskapsrätten. [11]

66. Talan kan därför inte heller vinna bifall på sökandens andra grund.

Åsidosättande av handläggningsregler

67. Sökanden har i detta sammanhang gjort gällande att kommissionen inte har obegränsad valfrihet när den beslutar att anta ett beslut på grundval av artikel 90.3 i fördraget eller att inleda en talan om fördragsbrott.

68. Så snart det är fastställt att den åberopade överträdelsen föreligger i flera medlemsstater, är kommissionen enligt sökanden skyldig att tillämpa artikel 169 i fördraget för att inte göra sig skyldig till åsidosättande av handläggningsregler.

69. Sökanden har emellertid inte förklarat på vilket sätt det faktum att överträdelsen förekom i flera medlemsstater skulle innebära att kommissionen inte längre hade möjlighet att tillämpa artikel 90.3 i fördraget.

70. I det avseendet vill jag dessutom erinra om att principen om kommissionens valfrihet på det här området har fastställts av domstolens ovannämnda rättspraxis och att det inte på något sätt framgår av den att denna valfrihet skulle begränsas av hänsynstaganden till situationen i andra medlemsstater än den som det förfarande kommissionen har inlett riktar sig till.

71. Jag föreslår därför att talan inte heller kan vinna bifall på grunden om åsidosättande av handläggningsregler och gör följande anmärkningar enbart för att vara fullständig.

72. Kommissionen har generöst tolkat sökandens argumentation så att den innebär klander av ett åsidosättande av rätten till försvar, som följer av att det i artikel 169 i fördraget föreskrivs ett administrativt förfarande som kommissionen inte inledde när den tillämpade artikel 90.3 i fördraget.

11 — Dom av den 25 september 1979 i mål 232/78, kommissionen mot Frankrike (REG 1979, s. 2729; svensk specialutgåva, volym 4, s. 505).

73. Sökanden har emellertid inte gjort någon hänsyftning på rätten till försvar. Under alla omständigheter gäller principen om rätten till försvar i alla förfaranden, även i avsaknad av uttryckliga bestämmelser, vilket kommissionen även har förklarat. Det faktum att kommissionen har tillämpat artikel 90.3 i stället för artikel 169 i fördraget kan följaktligen inte i sig utgöra ett åsidosättande av rätten till försvar. Slutligen har sökanden inte anfört något konkret åsidosättande av rätten till försvar som kommissionen skulle ha gjort sig skyldig till när den fattade det ifrågasatta beslutet.

74. Sökanden har i sin replik hänsyftat på ett möjligt maktmissbruk. I den mån det är fråga om en ny grund, måste den avvisas.

75. Under alla omständigheter föreligger maktmissbruk enligt domstolens rättspraxis endast om det på grund av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att den omtvistade rättsakten har antagits uteslutande, eller åtminstone huvudsakligen, för att uppnå andra mål än dem som angetts och eftersträvats genom den ifrågavarande bestämmelsen om bemyndigande. Sökanden har dock inte på något sätt visat att så skulle vara fallet i förevarande mål. [12]

12 — Dom av den 21 juni 1984 i mål 69/83, Lux mot revisionsrätten (REG 1984, s. 2447).

76. I sakfrågan har sökanden åberopat två grunder som bör undersökas i tur och ordning.

Avsaknad av diskriminering på grund av nationalitet

77. Sökanden har gjort gällande att det ifrågasatta beslutet löper risk att ogiltigförklaras på grund av att kommissionen inte har visat att det förelåg diskriminering på grund av nationalitet, medan artikel 90.3 i fördraget särskilt hänvisar till artikel 6 i EG-fördraget (nu artikel 12 EG i ändrad lydelse), där diskriminering på grund av nationalitet förbjuds.

78. Det är sant, som den portugisiska regeringen har påpekat, att de omtvistade rabatterna inte innebär någon direkt diskriminering på grund av nationalitet, eftersom de kan erhållas oberoende av luftfartygens startplats och nationalitet. Eftersom transportföretag från andra medlemsstater enligt gemenskapsrätten har möjlighet att utföra inrikesflygningar, kan inte det faktum att rabatter är förbehållna dessa flygningar utgöra någon direkt diskriminering på grund av nationalitet.

79. Faktum kvarstår dock, som kommissionen även har påpekat i det ifrågasatta beslutet, att de portugisiska transportföre-

tagen i praktiken ges mycket högre rabatter, nämligen i genomsnitt 30 respektive 22 procent, än dem som beviljas transportföretag från de andra medlemsstaterna, vilka varierar mellan 8 och 1 procent. Dessa siffror har inte bestridits av sökanden.

80. Även om man således kan fråga sig om de ifrågavarande rabatterna verkligen inte är diskriminerande, bör det under alla omständigheter understrykas att den diskussionen saknar intresse. Ordalydelsen i artikel 90.3 i fördraget lämnar nämligen inget utrymme för tvivel och leder till slutsatsen att dess tillämpning inte är begränsad till de fall där en statlig åtgärd åsidosätter artikel 6 i fördraget. Det hänvisas i denna bestämmelse även uttryckligen till artikel 86 i fördraget.

81. Kommissionen har därför full rätt att stödja sig på denna bestämmelse i syfte att förhindra en åtgärd som den inte påstår utgör formell diskriminering, men som den däremot anser vara oförenlig med artikel 86 i fördraget. I förevarande fall har den inte gjort något annat.

82. Härav följer att det är på den sistnämnda bestämmelsen som vi bör inrikta vår bedömning.

Avsaknad av missbruk av dominerande ställning

83. Vi har sett att kommissionen har kritiserat de omtvistade rabatterna i två avseenden. Dels var det enbart inrikesflygningarna som gavs en rabatt på 50 procent, dels stadgas i den kritiserade lagstiftningen att större rabatter skall ges till transportföretag som genomför ett stort antal landningar på de berörda flygplatserna.

84. Först bör problemet med den skillnad som görs mellan inrikesflygningar och internationella flygningar utredas.

Inrikesflygningarna

85. Sökanden har först och främst förklarat att de transportföretag i gemenskapen som enligt gemenskapslagstiftningen får ombesörja sådana inrikesflygningar åtnjuter de nämnda rabatterna på samma sätt som deras portugisiska konkurrenter. Systemet medför således ingen diskriminering. Däremot görs en åtskillnad som är grundad på ett objektivt kriterium och motiverad av skäl som inte har något att göra med en avsikt att gynna de lokala lufttransportföretagen.

86. Det är ostridigt att ett flygbolag från en annan medlemsstat som utför en flygning mellan två portugisiska städer erhåller rabatten på 50 procent på landningsavgifterna.

87. Republiken Portugal har gjort gällande att denna rabatt vad gäller flygförbindelserna mellan de flygplatser som betjänar det portugisiska fastlandet (Lissabon, Porto och Faro) motiveras av att det rör sig om korta förbindelser för vilka det är nödvändigt att hålla priserna på så låga nivåer som möjligt.

88. I det avseendet har kommissionen gjort gällande att rabatterna, om det omtvistade systemet syftade till att gynna korta flygningar, även borde ges för flygningar från Portugal till Madrid, Sevilla, Malaga och Santiago och att avståndsfaktorn borde tas med i beräkningen av avgiften.

89. Jag anser att den åsikten bör godtas. Det kan nämligen fastslås att artikel 86 i fördraget knappast lämnar något utrymme för tvivel. Ett företag med en dominerande ställning har inte rätt att "tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel", vilket anges i andra stycket punkt c i denna bestämmelse.

90. Sökanden har inte bestridit den bedömning som görs i det ifrågasatta beslutet beträffande förekomsten av en dominerande ställning i förevarande fall.

91. Det är dessutom odiskutabelt att de tjänster som utgör motprestationer för landningsavgifterna är desamma för en inrikesflygning som för en flygning inom gemenskapen som omfattar en jämförbar sträcka.

92. Situationen är i detta avseende densamma som i målet Corsica Ferries. [13] I det målet noterade domstolen att de ifrågavarande lotstjänsterna inte skilde sig åt beroende på om det mottagande fartyget utförde en förbindelse inom landet eller ej och fastslog att det utgjorde ett missbruk av dominerande ställning att tillämpa olika avgifter beroende på det kriteriet.

93. Vad beträffar förbindelserna mellan fastlandet och de autonoma regionerna eller mellan de autonoma regionerna har sökanden stött sig på hänvisningen till målsättningen avseende ekonomisk och social sammanhållning enligt artikel 3 i EG-fördraget (nu artikel 3 EG i ändrad lydelse) och på den ställning som regioner i de yttersta randområdena som Azorerna och Madeira har enligt artikel 227 (nu artikel 299 EG i ändrad lydelse) i detta fördrag.

13 — Dom av den 17 maj 1994 i mål C-18/93 (REG 1994, s. I-1783; svensk specialutgåva, volym 15, s. 113), punkt 45.

94. Kommissionen har emellertid med rätta förklarat att sådana hänsynstaganden endast kan vara relevanta om konkurrensreglerna i enlighet med villkoren i artikel 90.2 i fördraget hindrar de berörda företagen från att fullgöra sina uppdrag att tillhandahålla offentliga nyttigheter, vilket inte har hävdats i förevarande mål.

95. Dessutom ger gemenskapens regelverk [14] Republiken Portugal rätt att införa allmän trafikplikt för att kunna ta hänsyn till de ifrågavarande destinationernas särskilda egenskaper.

96. Slutligen berörs i vilket fall som helst inte förbindelserna med Azorerna och mellan flygplatserna i denna ögrupp av det ifrågasatta beslutet.

97. Jag anser därför att kommissionen hade rätt när den ansåg att det utgjorde ett missbruk av dominerande ställning att bevilja rabatter enbart till förmån för inrikesflygningar.

14 — Se artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 2408/92 av den 23 juli 1992 om EG-lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer inom gemenskapen (EGT L 240, s. 8; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 123).

Mängdrabatterna

98. Vad gäller mängdrabatterna har sökanden framfört olika argument, av vilka ett enligt min mening är av särskilt intresse.

99. Sökanden har först och främst bekräftat att tillämpningen av mängdrabatter är ett handelspolitiskt val, som det inte fanns någon anledning att frånta ANA-EP under föregivande av dess dominerande ställning.

100. Det skall emellertid konstateras att såväl artikel 86 i fördraget som domstolens rättspraxis tvärtom visar att de handelspolitiska val som är öppna för företagen i allmänhet inte nödvändigtvis är det för ett företag i dominerande ställning. I andra stycket i denna bestämmelse uppräknas en rad handlingssätt som exempel på missbruk, av vilka åtminstone en del är fullt tillåtna när de inte utövas av ett företag i dominerande ställning.

101. Härav följer även att kommissionen, när den slår fast att det är förbjudet för ett företag som ANA-EP, vars dominerande ställning inte har bestridits, att tillämpa mängdrabatter, inte gör sig skyldig till

åsidosättande av en neutralitetsprincip som sökanden härleder från artikel 222 i EG-fördraget (nu artikel 295 EG) [15] och som innebär att företagen inte kan behandlas sämre av gemenskapsrätten under förevändning att en medlemsstat har beviljat dem särskilda eller exklusiva rättigheter.

102. Kommissionen har nämligen inte kritiserat nämnda beviljande och har för övrigt själv citerat domstolens rättspraxis, av vilken det framgår att om ett företag har givits sådana exklusiva rättigheter och på grund av detta faktum kan befinna sig i en dominerande ställning, innebär det inte att beviljandet i sig utgör missbruk. [16]

103. Det är således inte förekomsten av de exklusiva rättigheter som beviljats ANA-EP som avses i kommissionens beslut, utan utnyttjandet av den dominerande ställning som följer av dessa. Denna fråga faller inte under artikel 222 i fördraget, som sökanden har åberopat.

104. Sökanden har dessutom betonat nödvändigheten av att utveckla de förbindelser som utnyttjar de ifrågavarande flygplatserna, vilket för övrigt även kommer de berörda regionerna till godo.

105. Detta argument är knutet till den teori som Republiken Portugal har utvecklat för att motivera mängdrabatterna med att de gynnar ett intensivt utnyttjande av de berörda flygplatserna. Men "frekvensen eller intensiteten i utnyttjandet av infrastrukturer som är så kostnadskrävande, i fråga om initialkostnad och underhåll, är avgörande när man bedriver en strategisk politik för (åter)investering i utvecklingen av dessa flygplatsinfrastrukturer. Den har för övrigt även betydelse för den slutliga kostnaden för avskrivning av investeringarna." [17]

106. Jag vill i det avseendet först och främst påpeka att förbudet för ett företag i dominerande ställning att tillämpa mängdrabatter inte är absolut, vilket kommissionen även har visat i det ifrågasatta beslutet. [18] Det framgår nämligen av domstolens rättspraxis att, om en ökning av den levererade kvantiteten medför en lägre kostnad för leverantören, har denne rätt att låta kunden komma i åtnjutande av denna kostnadsminskning genom en fördelaktigare prissättning. [19]

107. Är detta ett sådant typfall? Finns det, för att upprepa kommissionens ord, objektiva skäl, i form av kostnad för den

15 — "Detta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning."

16 — Se domen i det ovannämnda målet Corsica Ferres.

17 — Punkt 64 i ansökan.

18 — Se punkt 27 och följande punkter i skälen.

19 — Dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9) och av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).

tillhandahållna tjänsten, som skulle göra det berättigat att bevilja mängdrabatter?

108. Jag delar kommissionens synpunkt att kostnaden för den tjänst som tillhandahålls av det företag som förvaltar flygplatsen är densamma oavsett om det gäller ett flygbolags första eller hundrade flygning.

109. Jag anser emellertid inte att detta är något fullständigt svar på Republiken Portugals argument. Totalt sett är det nämligen odiskutabelt att infrastrukturer som används intensivt i princip ger lägre enhetskostnader än underutnyttjade infrastrukturer.

110. Det är enligt min mening obestridligt att planeringen av investeringarna underlättas genom en garanterad verksamhetsvolym som följer av att ett transportföretag väljer en flygplats som bas.

111. Skall man då anse att sökanden har visat att det för ANA-EP förelåg ekonomiska fördelar som kunde motivera de beviljade rabatterna?

112. Jag tror inte det. Sökanden har nämligen inte lämnat någon konkret uppgift som motsäger kommissionens redogörelser, vilka syftar till att bevisa att sådana fördelar saknades.

113. Enligt kommissionen kan inte syftet att gynna ett intensivt utnyttjande av flygplatserna uppnås genom de omtvistade rabatterna. På grund av det stora antal landningar per månad som krävs, ges rabatterna, som vi konstaterat, nästan uteslutande till de portugisiska flygbolag som är baserade på de ifrågavarande flygplatserna och som i vilket fall som helst skulle utnyttja dem. En rabattskala som inte medför sådana tröskeleffekter skulle inte utsättas för samma kritik och skulle vara bättre lämpad när det gäller att uppnå det påstådda syftet.

114. Det är sant att ett sådant resonemang inte kan bevisas, eftersom det är av hypotetisk karaktär. Det är ändå rimligt, eftersom man har svårt att föreställa sig hur de företag som är baserade på de ifrågavarande flygplatserna, och som i realiteten knappast kan etablera sig någon annanstans, skulle kunna förmås att använda de berörda flygplatserna oftare på grund av de omtvistade rabatterna, om man inte tänker sig att de genomför landningar enbart för att dra fördel av dessa rabatter. Även om det är uppenbart att vissa flygningars lönsamhet påverkas av nivån på avgifterna, är det knappast troligt att deras antal är så stort att den ytterligare trafikvolymen skulle ha någon mätbar betydelse för flygplatsen.

115. Det verkar *a priori* mycket sannolikare att antalet flygningar i första hand beror på volymen på den trafik som är intresserad av den aktuella flygvägen. Det borde vara likgiltigt för flygplatsoperatören hur detta antal flygningar fördelar sig mellan olika transportföretag.

116. Detta antal kan visserligen uppnås genom att ett eller två transportföretag genomför många flygningar var, men även genom ett större antal transportföretag som genomför ett mindre antal landningar var. Det är således fullt tänkbart att flygplatsoperatören kan lyckas öka nyttjandegraden av flygplatsen genom att utforma sin prissättning så att ett större antal transportföretag kommer i åtnjutande av rabatter.

117. Därtill kommer att de siffror som anges i punkt 79 ovan, vilka åberopats av kommissionen och inte bestridits av sökanden, faktiskt tyder på att de ifrågavarande rabatterna helt klart är sådana att de gynnar de transportföretag som är etablerade på de berörda flygplatserna.

118. Mot bakgrund av dessa indicier tillsammans kan inte sökandens generella hänvisning till de gynnsamma ekonomiska effekterna av ett intensivt utnyttjande av infrastrukturerna anses utgöra bevis för att de ifrågavarande rabatterna verkligen exakt motsvarar sänkta kostnader för flygplatsoperatören.

119. Republiken Portugal har även gjort gällande att det handlar om att uppmuntra tekniska mellanlandningar, i konkurrens med andra flygplatser inom gemenskapen. Dessa mellanlandningar är på grund av sin natur oberoende av trafiken.

120. Kommissionen har svarat att de omtvistade rabatterna i vilket fall som helst inte kan tillämpas på tekniska mellanlandningar, vilket inte har mött några invändningar.

121. Slutligen anser sökanden även att det faktum att inget EG-transportföretag har klagat klart tyder på att det rabattsystem som ANA-EP tillämpar inte skadar de andra gemenskapsbolagen.

122. Kommissionen har likväl rätt att på eget initiativ fatta beslut i konkurrensfrågor.

123. Av det ovan anförda följer att talan inte heller kan vinna bifall på denna grund.

Förslag till avgörande

124. Jag föreslår att talan ogillas i sin helhet och att sökanden förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.