

ARREST VAN HET HOF

11 april 1989 \*

In zaak 66/86,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van het Bundesgerichtshof, in het aldaar aanhangig geding tussen

1) **Ahmed Saeed Flugreisen**

2) **Silver Line Reisebüro GmbH**

en

**Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.**

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 5, lid 2, 85, 86, 88, 89 en 90 EEG-Verdrag,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: O. Due, president, T. Koopmans, R. Joliet, T. F. O'Higgins en F. Grévisse, kamerpresidenten, Sir Gordon Slynn, G. F. Mancini, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, G. C. Rodríguez Iglesias, M. Díez de Velasco en M. Zuleeg, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de opmerkingen ingediend door:

— Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro GmbH, verzoeksters in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door H. Kroitzsch, advocaat te Karlsruhe,

\* Procestaal: Duits.

- Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., verweerster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door R. Friedrich, advocaat te Karlsruhe,
- het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door S. Richards als gemachtigde, ter terechtzitting bijgestaan door D. Donaldson, QC,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. van der Esch en B. Jansen, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting zoals aangevuld na de mondelinge behandeling op 6 mei 1987, 17 maart 1988 en 15 november 1988,

gehoord de conclusies van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 april 1988 en 17 januari 1989,

het navolgende

### Arrest

- 1 Bij beschikking van 30 januari 1986, ingekomen ten Hove op 6 maart daaraanvolgend, heeft het Bundesgerichtshof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 5, 85, 86, 88, 89 en 90 EEG-Verdrag, ten einde te kunnen beoordelen of bepaalde praktijken bij de vaststelling van tarieven voor geregelde luchtdiensten verenigbaar zijn met die bepalingen.
- 2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen de Duitse vereniging Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. en twee reisbureaus, die bij luchtvaartmaatschappijen of reisbureaus in een andere staat vliegbiljetten hadden gekocht, waarvan de prijs was uitgedrukt in de munt van die staat. Deze vliegbiljetten vermeldden als plaats van vertrek een luchthaven in bedoelde staat; in werkelijkheid echter zouden de kopers van die vliegbiljetten hun reis zijn begonnen op een Duitse luchthaven, waar het lijnvliegtuig een tussenlanding maakte. Aan de twee Duitse reisbureaus wordt verweten, door de verkoop van die vliegbiljetten inbreuk te hebben gemaakt op paragraaf 21, lid 2, derde zin, van het Duitse Luftver-

kehrsgesetz, op grond waarvan het in de Bondsrepubliek Duitsland verboden is, niet door de bevoegde bondsminister goedgekeurde luchtvaarttarieven toe te passen. Dit zou bovendien oneerlijke mededinging opleveren, daar de prijzen van de door hen verkochte vliegbiljetten beneden de door hun concurrenten toegepaste goedgekeurde tarieven lagen.

3 De gerechten in eerste aanleg en hoger beroep wezen de vordering van de Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. toe en verboden de twee reisbureaus onder bedreiging met dwangmiddelen nog verder dergelijke vliegbiljetten te verkopen. Het Bundesgerichtshof, waarbij beroep tot „Revision” werd ingesteld, is van oordeel dat de aan de reisbureaus verweten gedraging inbreuk maakt op in Duitsland geldend recht. Het vraagt zich echter af, of de betrokken Duitse rechtsvoorschriften niet in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag.

4 In die omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Zijn bilaterale of multilaterale overeenkomsten inzake tarieven voor lijnvluchten (bij voorbeeld besluiten van de IATA), waarbij ten minste één in een Lid-Staat van de Europese Economische Gemeenschap gevestigde luchtvaartonderneming betrokken is, ook dan wegens schending van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, nietig in de zin van artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag, wanneer noch de autoriteiten van die Lid-Staat (artikel 88 EEG-Verdrag) noch de Commissie (artikel 89, lid 2, EEG-Verdrag) heeft vastgesteld dat zij onverenigbaar zijn met de bepalingen van artikel 85 EEG-Verdrag?

2) Is er sprake van misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt als bedoeld in artikel 86 EEG-Verdrag, wanneer voor lijnvluchten uitsluitend dergelijke tarieven worden toegepast?

3) Is de goedkeuring van dergelijke tarieven door de daartoe bevoegde autoriteit van een Lid-Staat ook dan onverenigbaar met de artikelen 5, lid 2, en 90, lid 1, EEG-Verdrag en nietig, wanneer de Commissie geen bezwaar tegen die goedkeuring heeft gemaakt (artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag)?”

- 5 Tijdens de schriftelijke procedure in de onderhavige zaak heeft het Hof op 30 april 1986 een arrest gewezen in de gevoegde zaken 209-213/84 (Asjes, Jurispr. 1986, blz. 1425, 1457), volgens hetwelk het verbod van artikel 85, lid 1, en de in artikel 85, lid 2, voorziene nietigheid, bij gebreke van een door de Raad op grond van artikel 87 vast te stellen regeling over de toepassing van artikel 85 op het luchtvervoer, slechts effect kunnen sorteren ten aanzien van overeenkomsten en besluiten waaromtrent hetzij de autoriteiten van de Lid-Staten op grond van artikel 88 hebben beslist dat zij onder artikel 85, lid 1, vallen en niet voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, in aanmerking komen, hetzij de Commissie de in artikel 89, lid 2, bedoelde vaststelling heeft getroffen. Bij gebreke van een uitvoeringsregeling voor het luchtvervoer zijn derhalve de overgangsbepalingen van de artikelen 88 en 89 van toepassing gebleven.
- 6 Na een eerste terechtzitting in de onderhavige zaak heeft de Raad op 14 december 1987 een aantal handelingen vastgesteld die onder meer de toepassing van de mededingingsregels op luchtvaartmaatschappijen betreffen. In verband daarmee heropende het Hof de mondelinge behandeling om de partijen in staat te stellen hun standpunt over de gevolgen van deze nieuwe regels voor het antwoord op de vragen van de nationale rechter kenbaar te maken.
- 7 Op grond van de door de Raad vastgestelde regels heeft de Commissie op 26 juli 1988 een aantal verordeningen vastgesteld betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, op bepaalde groepen overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
- 8 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten van het hoofdgeding, de toepasselijke nationale regeling, het procesverloop en de bij het Hof ingediende opmerkingen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen van het dossier worden hieronder slechts weergegeven voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.
- 9 Voor het antwoord op de vraag, welk belang de nieuwe regels inzake de toepassing van het mededingingsrecht op het luchtvervoer hebben voor de oplossing van de in de prejudiciële vragen opgeworpen problemen, moet eerst worden onderzocht wat de inhoud van die regels is, waarvan overigens de verenigbaarheid met het Verdrag in de onderhavige zaak niet ter discussie staat. Vervolgens dient te

worden ingegaan op elk der twee punten waarop de prejudiciële vragen betrekking hebben, namelijk enerzijds de bilaterale of multilaterale overeenkomsten tussen luchtvaartmaatschappijen en anderzijds de goedkeuring van de uit dergelijke overeenkomsten voortvloeiende tarieven door de luchtvaartautoriteiten. Het Hof zal zich dan ook eerst buigen over de uitlegging van de artikelen 85 (eerste vraag) en 86 (tweede vraag), die het gedrag van de ondernemingen betreffen, en vervolgens over de uitlegging van de artikelen 5 en 90 (derde vraag), die de rol van de autoriteiten betreffen.

#### a) De nieuwe regels

- 10 Op 14 december 1987 stelde de Raad de volgende handelingen vast: verordening nr. 3975/87 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen in de sector luchtvervoer (PB 1987, L 374, blz. 1); verordening nr. 3976/87 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector van het luchtvervoer (PB 1987, L 374, blz. 9); richtlijn 87/601/EEG betreffende de tarieven voor geregelde luchtdiensten tussen de Lid-Staten (PB 1987, L 374, blz. 12), en beschikking 87/602/EEG betreffende de verdeling van de passagierscapaciteit tussen luchtvaartmaatschappijen in geregelde luchtdiensten tussen Lid-Staten en de toegang van luchtvaartmaatschappijen tot geregelde luchtdiensten tussen Lid-Staten (PB 1987, L 374, blz. 19).
- 11 Al deze handelingen zijn uitsluitend van toepassing op het internationale luchtvervoer tussen luchthavens in de Gemeenschap (artikel 1, lid 2, van verordening nr. 3975/87; artikel 1 van verordening nr. 3976/87; artikel 1, eerste alinea, van richtlijn 87/601; artikel 1 van beschikking 87/602) en dus niet op het luchtvervoer tussen luchthavens in een zelfde Lid-Staat of tussen een Lid-Staat en een derde land.
- 12 Verordening nr. 3975/87 regelt de wijze van toepassing van de mededingingsregels in de aldus afgebakende sector. Volgens haar considerans heeft zij met name ten doel, de Commissie de middelen ter beschikking te stellen om een onderzoek in te stellen naar gevallen van vermoedelijke inbreuk op de artikelen 85 en 86 in deze sector, en haar de bevoegdheid te verlenen om besluiten te nemen of sancties op te leggen om de door haar vastgestelde inbreuken te doen beëindigen. De artikelen 8 tot en met 18 van de verordening bevatten een reeks bepalingen over de door de Commissie in te stellen onderzoeken, de samenwerking tussen de Commissie en de autoriteiten van de Lid-Staten, de geldboeten en dwangsommen die kunnen worden opgelegd, en de te volgen procedure.

- 13 De toepassing van artikel 85, lid 3, door de Commissie is geregeld in de artikelen 5 tot en met 7 van de verordening, die daartoe voorzien in een bijzondere procedure, „verzetprocedure” genaamd. Ondernemingen en ondernemersverenigingen die een vrijstelling krachtens genoemde verdragsbepaling wensen, moeten een verzoek daartoe indienen bij de Commissie. Wanneer bij het verzoek de nodige stukken zijn gevoegd en er tegen de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging geen inbreukprocedure aanhangig is, publiceert de Commissie, wanneer zij het verzoek ontvankelijk acht, de essentiële inhoud ervan in het Publikatieblad. Deelt de Commissie de verzoekers niet binnen 90 dagen na de bekendmaking in het Publikatieblad mee, dat ten aanzien van de mogelijkheid tot vrijstelling ernstige twijfel bestaat, dan geldt de vrijstelling als toegestaan. Een aldus verleende vrijstelling, die terugwerkende kracht heeft, geldt voor ten hoogste zes jaar vanaf de dag van de bekendmaking in het Publikatieblad. De Commissie kan echter na afloop van de termijn van 90 dagen, maar vóór het verstrijken van de termijn van zes jaar vaststellen, dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 3, niet is voldaan en dat het verbod van artikel 85, lid 1, van toepassing is. In bepaalde, in de verordening omschreven gevallen (artikel 5, lid 2, tweede alinea) kan deze beschikking terugwerkende kracht hebben.
- 14 Verordening nr. 3976/87 machtigt de Commissie om in overeenstemming met artikel 85, lid 3, bij verordening te verklaren, dat artikel 85, lid 1, niet van toepassing is op bepaalde, in de verordening (artikel 2, lid 2) omschreven groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Blijkens haar considerans gaat de verordening ervan uit, dat de sector van het luchtvervoer tot dusverre werd beheerst door een net van internationale overeenkomsten, bilaterale overeenkomsten tussen staten en bilaterale en multilaterale overeenkomsten tussen luchtvaartmaatschappijen en dat wijzigingen in deze internationale regelingen, die noodzakelijk zijn om een scherpere concurrentie te waarborgen, geleidelijk tot stand moeten worden gebracht, ten einde het luchtvervoer de tijd te geven om zich aan te passen.
- 15 De Commissie heeft van die machtiging gebruik gemaakt door het vaststellen van de verordeningen nrs. 2671, 2672 en 2673/88 van 26 juli 1988 (PB 1988, L 239, blz. 9, 13 en 17). Bij deze verordeningen worden groepsvrijstellingen in de zin van verordening nr. 3976/87 verleend voor groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die betrekking hebben op de gezamenlijke planning en coördinatie van de capaciteit, het delen van opbrengsten, het tariefoverleg met betrekking tot geregelde luchtdiensten en het toekennen van landings- en starttijden op luchthavens (nr. 2671/88), geautomatiseerde boekingsystemen voor luchtvervoerdiensten (nr. 2672/88) en gronddiensten op luchthavens (nr. 2673/88).

- 16 Richtlijn 87/601/EEG van de Raad bevat gemeenschappelijke regels met criteria voor de goedkeuring van de tarieven voor geregelde luchtdiensten door de luchtvaartautoriteiten van de Lid-Staten en de procedure volgens welke luchtvaartmaatschappijen voorstellen voor luchtvaarttarieven kunnen indienen. Zoals blijkt uit de vijfde overweging van haar considerans, gaat deze richtlijn ervan uit, dat de luchtvaartmaatschappijen ieder voor zich luchtvaarttarieven moeten kunnen voorstellen dan wel na overleg met andere luchtvaartmaatschappijen, met name voor het bepalen van de voorwaarden van interlining-overeenkomsten, in verband met de grote voordelen hiervan. De richtlijn voorziet in een automatische goedkeuring van discount- en deep-discounttarieven die aan de voorwaarden van artikel 5 voldoen.
- 17 Verordening nr. 2671/88 van de Commissie breidt de vrijstelling uit tot het overleg met het oog op de gemeenschappelijke uitwerking van tariefvoorstellen, en omschrijft de voorwaarden waaronder de vrijstelling voor dat tariefoverleg geldt. Zij bepaalt met name, dat het overleg niet tot tariefovereenkomsten mag leiden en dat de eventueel eruit voortvloeiende tariefvoorstellen de deelnemers niet mogen binden, maar dat deze het recht moeten behouden om afwijkende tarieven voor te stellen en na goedkeuring toe te passen (artikel 4, lid 1, sub a, e en f).
- 18 Bij het onderzoek van de toepasselijkheid van de mededingingsregels van het Verdrag op de overeenkomsten waarop de nationale rechter het oog heeft, moeten al deze regelingen in aanmerking worden genomen.

## **b) Artikel 85**

- 19 De prejudiciële vragen hebben betrekking op tussen twee of meer luchtvaartmaatschappijen gesloten overeenkomsten tot vaststelling van de tarieven voor een of meer luchtlijnen. Om te beginnen moet worden vastgesteld, dat het bij dergelijke overeenkomsten gaat om mededingingsregelingen in de vorm van het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen, in de zin van artikel 85, lid 1, sub a, EEG-Verdrag. Zij kunnen er zelfs toe leiden, dat op de luchtlijnen waarop zij betrekking hebben, elke prijsconcurrentie tussen de diverse luchtvaartmaatschappijen voor passagiersvervoer wordt uitgeschakeld.

- 20 Zoals het Hof echter overwoog in voornoemd arrest van 30 april 1986, kunnen prijsafspraken in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag slechts door de in artikel 85, lid 2, bedoelde nietigheid worden getroffen na de inwerkingtreding van op grond van artikel 87 vastgestelde communautaire regels ter nadere regeling van de bevoegdheid van de Commissie om vrijstellingen overeenkomstig artikel 85, lid 3, te verlenen en zo, behoudens toepassing van de artikelen 88 en 89, het door het Verdrag gewilde mededingingsbeleid gestalte te geven.
- 21 Zoals reeds opgemerkt, gelden de gemeenschapsregels inzake het luchtvervoer enkel voor internationale verbindingen tussen luchthavens in de Gemeenschap. Dit betekent, dat voor binnenlandse vluchten en voor verbindingen met luchthavens in derde landen nog steeds de overgangsbepalingen van de artikelen 88 en 89 en de in het arrest van 30 april 1986 beschreven regeling gelden.
- 22 Daarom moet worden nagegaan, hoe de nietigheidssanctie werking verkrijgt ten aanzien van overeenkomsten die onder de door de Raad vastgestelde nieuwe regels vallen, dat wil zeggen ten aanzien van tarieven voor geregelde luchtdiensten tussen luchthavens in verschillende Lid-Statens.
- 23 Dienaangaande zij allereerst vastgesteld, dat voor dergelijke overeenkomsten geen groepsvrijstelling op grond van een verordening van de Commissie kan worden verleend, daar verordening nr. 3976/87 van de Raad daar niet in voorziet. Bovendien bepaalt artikel 4, lid 1, sub f, van verordening nr. 2671/88 van de Commissie uitdrukkelijk, dat de groepsvrijstelling voor overeenkomsten betreffende het voeren van tariefoverleg slechts geldt voor zover dit overleg niet leidt tot een overeenkomst betreffende de vergoeding voor agentschappen of „andere bestanddelen van de tarieven die het voorwerp van het overleg vormen”.
- 24 Uit het voorgaande volgt, dat overeenkomsten inzake tarieven voor internationale vluchten binnen de Gemeenschap ingevolge artikel 85, lid 2, van rechtswege nietig zijn, behoudens toepassing van artikel 5 van verordening nr. 3975/87 van de Raad betreffende de verzetprocedure.



- 25 Het kan immers gebeuren, dat een luchtvaartmaatschappij een tariefovereenkomst beschouwt als een onderdeel van een ruimere overeenkomst, die wegens haar gunstige economische gevolgen voor een individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, in aanmerking komt, en dat die maatschappij overeenkomstig artikel 5, lid 1, van verordening nr. 3975/87 een verzoek daartoe bij de Commissie indient. In het kader van de procedure van artikel 5, leden 2 tot en met 4, wordt de overeenkomst zoals in het verzoek beschreven, geacht te zijn vrijgesteld, wanneer na de bekendmaking van het verzoek in het Publikatieblad 90 dagen zijn verstreken zonder dat de Commissie ernstige twijfels heeft geuit omtrent de vraag of de overeenkomst aan de vereisten van artikel 85, lid 3, voldoet.
- 26 De nietigheidssanctie kan dus slechts werking verkrijgen in een van de volgende drie gevallen:
- bij de Commissie is geen verzoek in de zin van artikel 5 ingediend;
  - het verzoek heeft binnen de termijn van 90 dagen tot een negatieve reactie van de Commissie geleid;
  - genoemde termijn is weliswaar zonder reactie van de Commissie verstreken, maar de zesjarige geldigheidsperiode van de vrijstelling is ten einde of de Commissie heeft de vrijstelling tijdens die periode ingetrokken.
- 27 Of een overeenkomst tussen twee luchtvaartmaatschappijen over lijnvluchten op een bepaalde lijn een ingevolge artikel 85 EEG-Verdrag verboden prijsafspraken inhoudt, dan wel slechts betrekking heeft op tariefoverleg dat volgens richtlijn 87/601/EEG van de Raad geoorloofd is en bij verordening nr. 2671/88 van de Commissie van de toepassing van artikel 85, lid 1, is vrijgesteld, kan soms moeilijk zijn vast te stellen. Genoemde verordening bevat echter een aantal elementen die daarbij als richtsnoer kunnen dienen. Zo mag het overleg volgens artikel 4 van de verordening uitsluitend tot doel hebben, gemeenschappelijk voorstellen betreffende luchtvaarttarieven uit te werken, die de deelnemers echter niet mogen binden, zodat deze het recht behouden om de bevoegde luchtvaartautoriteiten afwijkende tarieven voor te stellen en deze tarieven na goedkeuring toe te passen. Bovendien moet het overleg openstaan voor iedere luchtvaartmaatschappij die bij de betrokken route geïnteresseerd is.

28 Hierbij zij nog opgemerkt, dat overeenkomsten of besluiten van ondernemersverenigingen inzake tarieven voor onder de nieuwe regeling vallende lijnvluchten, dat wil zeggen internationale vluchten tussen luchthavens in de Gemeenschap, steeds de handel tussen Lid-Staten ongunstig zullen kunnen beïnvloeden.

29 Wat de toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag betreft, moet mitsdien aan de nationale rechter worden geantwoord, dat bilaterale of multilaterale overeenkomsten inzake tarieven voor lijnvluchten ingevolge artikel 85, lid 2, van rechtswege nietig zijn:

— in het geval van tarieven voor vluchten tussen luchthavens in een en dezelfde Lid-Staat of tussen een dergelijke luchthaven en een luchthaven in een derde land: wanneer hetzij de autoriteiten van de Lid-Staat waar zich de zetel van een der betrokken luchtvaartmaatschappijen bevindt, op grond van artikel 88 hetzij de Commissie op grond van artikel 89 de onverenigbaarheid van de overeenkomst met artikel 85 hebben vastgesteld;

— in het geval van tarieven voor internationale vluchten tussen luchthavens in de Gemeenschap: wanneer bij de Commissie geen verzoek in de zin van artikel 5 van verordening nr. 3975/87 is ingediend om de overeenkomst vrij te stellen van het verbod van artikel 85, lid 1; of wanneer een dergelijk verzoek wel is ingediend, maar binnen 90 dagen na de bekendmaking ervan in het Publikatieblad geleid heeft tot een negatieve reactie van de Commissie; of nog wanneer de termijn van 90 dagen zonder enige reactie van de Commissie is verstreken, maar de in genoemd artikel 5 voorziene zesjarige geldigheidsperiode van de vrijstelling ten einde is of de Commissie de vrijstelling tijdens die periode heeft ingetrokken.

### c) Artikel 86

30 In de eerste plaats moet worden onderzocht, of bij de toepassing van artikel 86 hetzelfde onderscheid moet worden gemaakt als bij die van artikel 85, namelijk tussen internationale vluchten tussen luchthavens in de Lid-Staten en andere vluchten.

31 De Commissie en het Verenigd Koninkrijk stellen voor, deze vraag bevestigend te beantwoorden. Zij voeren aan, dat bij gebreke van de voor een systematische uit-

voering van artikel 86 en artikel 85 noodzakelijke uitvoeringsbepalingen, slechts via de artikelen 88 en 89 EEG-Verdrag tegen misbruik van machtspositie kan worden opgetreden. Voor deze opvatting baseren zij zich op de bewoordingen van laatstgenoemde twee bepalingen, waarin geen onderscheid wordt gemaakt tussen artikel 85 en artikel 86, en op het feit dat de beoordeling van concurrentiebeperkende gedragingen van ondernemingen in beide gevallen in wezen op grond van dezelfde criteria dient plaats te vinden.

- 32 Deze opvatting kan echter niet worden gevolgd. De enige reden voor de verdere toepassing van de overgangsbepalingen van de artikelen 88 en 89 is immers, dat overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 85, lid 1, kunnen worden vrijgesteld overeenkomstig artikel 85, lid 3, en dat het mededingingsbeleid vorm krijgt door het toestaan dan wel weigeren van dergelijke vrijstellingen, waarover de bevoegd verklaarde instanties beslissen krachtens de op grond van artikel 87 vastgestelde uitvoeringsbepalingen. Daarentegen kan voor misbruik van machtspositie hoegenaamd geen vrijstelling worden verleend; een dergelijke gedraging wordt door het Verdrag zonder meer verboden, en al naar het geval zijn het de nationale autoriteiten dan wel de Commissie die in het kader van hun bevoegdheid de consequenties uit dit verbod hebben te trekken.
- 33 Hieruit kan worden afgeleid, dat het verbod van artikel 86' EEG-Verdrag zonder restrictie voor de gehele luchtvaartsector geldt.
- 34 Vervolgens moet in het kader van de tweede prejudiciële vraag worden onderzocht, of de toepassing van een tarief in beginsel misbruik van machtspositie kan opleveren, wanneer die toepassing voortvloeit uit een afspraak tussen twee ondernemingen, die als zodanig onder het verbod van artikel 85, lid 1, kan vallen.
- 35 Volgens 's Hofs rechtspraak is artikel 85 niet van toepassing wanneer de betrokken afspraak is gemaakt tussen ondernemingen die als moedermaatschappij en dochteronderneming tot een en hetzelfde concern behoren, en die ondernemingen een economische eenheid vormen waarin de dochteronderneming haar marktgedrag niet werkelijk zelfstandig kan bepalen (zie laatstelijk het arrest van 4 mei 1988, zaak 30/87, Bodson, Jurispr. 1988, blz. 2479). De gedragingen van een dergelijke economische eenheid op de markt kunnen echter wel onder artikel 86 vallen.

- 36 Het typische geval van een onder artikel 85 vallende mededingingsregeling doet zich daarentegen voor, wanneer twee economisch van elkaar onafhankelijke ondernemingen te zamen bij afspraak de prijzen op de betrokken markt vaststellen of de concurrentie anderszins beperken.
- 37 Een en ander sluit niet uit, dat een overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen mogelijk slechts de formele bevestiging vormt van een economische realiteit die hierdoor wordt gekenmerkt, dat een onderneming met een machtspositie heeft weten te bereiken dat ook andere ondernemingen de betrokken tarieven toepassen. In een dergelijk geval kunnen de artikelen 85 en 86 stellig tegelijk van toepassing zijn. In de nieuwe verordeningen van de Raad wordt overigens van dezelfde uitlegging van de artikelen 85 en 86 uitgegaan; zij bepalen immers, dat artikel 86 van toepassing kan zijn op een afspraak waarvoor aanvankelijk een groepsvrijstelling (artikel 7, lid 2, van verordening nr. 3976/87) of een in het kader van de verzetprocedure verkregen individuele vrijstelling (artikel 5, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 3975/87) gold.
- 38 Daaruit volgt, dat de toepassing op een of meer luchtlijnen van tarieven die zijn vastgesteld bij bilaterale of multilaterale overeenkomsten tussen luchtvaartmaatschappijen, in bepaalde gevallen onder artikel 86 kan vallen, wanneer aan de daarin gestelde feitelijke voorwaarden is voldaan. Derhalve moet worden nagegaan, aan de hand van welke uitleggingscriteria de nationale rechter in voorkomend geval die bepaling kan toepassen.
- 39 Voor de vraag of een luchtvaartmaatschappij die lijnvluchten uitvoert, een machtspositie op de markt inneemt, moet eerst de markt van de relevante vervoersprestaties worden afgebakend. Desbetreffend zijn voor het Hof twee opvattingen verdeeld, enerzijds dat de sector van de geregelde luchtdiensten een afzonderlijke markt vormt, en anderzijds dat rekening moet worden gehouden met alternatieve vervoermogelijkheden zoals chartervluchten, spoorweg- of wegvervoer, en lijnvluchten op andere lijnen die als vervanging in aanmerking komen.
- 40 Bepalend is, of de bijzondere kenmerken van de lijnvlucht op een bepaalde lijn ten opzichte van de alternatieve vervoermogelijkheden zo typisch zijn, dat vervanging door die alternatieve mogelijkheden slechts in beperkte mate mogelijk en de concurrentie ervan nauwelijks merkbaar is.

- 41 Toepassing van dit criterium behoeft niet in alle gevallen tot hetzelfde resultaat te leiden, daar bij bepaalde luchtlijnen de situatie zodanig is, dat geen echte concurrentie mogelijk is. In beginsel kan echter, met name in het intracommunautaire lijnverkeer, de economische macht van een luchtvaartmaatschappij op een luchtlijn afhangen van de concurrentiepositie van andere vervoerondernemingen die dezelfde of een andere, als vervanging in aanmerking komende route bedienen.
- 42 Stelt de bevoegde nationale autoriteit vast, dat een luchtvaartmaatschappij op de betrokken markt een machtspositie inneemt, dan moet zij verder nagaan of de toepassing van tarieven die deze maatschappij aan andere luchtvaartmaatschappijen heeft opgedrongen, misbruik van machtspositie oplevert. Dit kan met name het geval zijn wanneer de opgedrongen tarieven als onredelijke vervoersvoorwaarden tegenover de concurrenten of de passagiers zijn te beschouwen.
- 43 Van onredelijke voorwaarden kan sprake zijn wanneer de opgedrongen tarieven buitensporig hoog zijn dan wel buitensporig laag ten einde ondernemingen die geen partij zijn bij de overeenkomst, van de markt te verdringen. Voor het antwoord op de vraag of het tarief in deze zin buitensporig hoog of laag is, kunnen bepaalde uitleggingscriteria worden ontleend aan richtlijn 87/601, die de door de luchtvaartautoriteiten bij de goedkeuring van tarieven in acht te nemen beginselen vastlegt. Met name volgt uit artikel 3 van de richtlijn, dat de tarieven in een redelijke verhouding moeten staan tot de volledig toegerekende kosten op lange termijn van de luchtvaartmaatschappij, waarbij rekening moet worden gehouden met de behoeften van de consumenten, de noodzaak van een bevredigende opbrengst van de investering, de concurrentie op de markt, inclusief de tarieven van de andere luchtvaartmaatschappijen die dezelfde route bedienen, en de noodzaak om dumping te voorkomen.
- 44 Van onredelijke voorwaarden kan voorts sprake zijn, wanneer op een bepaalde lijn slechts een enkel tarief wordt toegepast. Is de toepassing van een enkel tarief een gevolg van het gedrag van een onderneming met een machtspositie en niet van het beleid van de luchtvaartautoriteiten, dan is deze onderneming daardoor in staat, door dat misbruik elke prijsconcurrentie uit te schakelen.

45 Staat eenmaal vast dat een onderneming misbruik heeft gemaakt van een machtspositie op de markt en dat dat een ongunstige invloed kan hebben op de handel tussen Lid-Staten, dan vallen de gedragingen van die onderneming onder het verbod van artikel 86. Wanneer de Commissie geen gebruik heeft gemaakt van haar uit het Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan voortvloeiende bevoegdheden om de inbreuk te doen beëindigen of te bestraffen, dienen de bevoegde nationale administratieve of rechterlijke instanties uit de toepasselijkheid van het verbod de consequenties te trekken en, waar gemeenschapsrechtelijke regels terzake ontbreken, op grond van hun nationale recht eventueel de nietigheid van de betrokken overeenkomst vast te stellen.

46 Wat de toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag betreft, moet mitsdien op de prejudiciële vragen worden geantwoord, dat de toepassing van tarieven voor lijnvluchten op grond van bilaterale of multilaterale overeenkomsten onder bepaalde omstandigheden misbruik van machtspositie op de betrokken markt kan opleveren, in het bijzonder wanneer een onderneming met een machtspositie erin is geslaagd, andere vervoerondernemingen te dwingen tot toepassing van buitensporig hoge of lage tarieven of tot toepassing van een enkel tarief op een bepaalde lijn.

#### d) De artikelen 5 en 90

47 De derde vraag betreft de rechtmatigheid van de goedkeuring van met artikel 85, lid 1, of artikel 86 EEG-Verdrag strijdige tarieven door de toezicht houdende overheid van een Lid-Staat. De nationale rechter vraagt met name, of een dergelijke goedkeuring ook dan onverenigbaar is met artikel 5, lid 2, en artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag, wanneer de Commissie geen bezwaar tegen die goedkeuring heeft gemaakt krachtens artikel 90, lid 3, van het Verdrag.

48 Vooreerst zij gewezen op de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de mededingingsregels van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag weliswaar de gedragingen van ondernemingen betreffen en niet de door de autoriteiten van de Lid-Staten genomen maatregelen, maar artikel 5 niettemin ook die autoriteiten verplicht geen maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepalingen hun nuttig effect kunnen ontnemen. Dit is met name het geval, wanneer een Lid-Staat de totstandkoming van met artikel 85 strijdige mededingingsregelingen begunstigt of de werking ervan versterkt (zie laatstelijk het arrest van 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801).

- 49 Hieruit volgt, dat de goedkeuring door de luchtvaartautoriteiten van met artikel 85, lid 1, strijdige tariefovereenkomsten onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, met name met artikel 5 EEG-Verdrag. Voorts vloeit eruit voort, dat de luchtvaartautoriteiten zich moeten onthouden van alles wat beschouwd zou kunnen worden als een aansporing voor de luchtvaartmaatschappijen om met het Verdrag strijdige tariefovereenkomsten te sluiten.
- 50 Met name met betrekking tot luchtvaarttarieven wordt deze uitlegging van het Verdrag bevestigd door artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag, volgens hetwelk de nationale autoriteiten met betrekking tot de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen — zoals bij voorbeeld het recht om alleen of te zamen met een of twee andere ondernemingen een route te bedienen —, geen met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag onverenigbare maatregel mogen nemen of handhaven. Bovendien wordt in de considerans van de verordeningen nrs. 3975 en 3976/87 van de Raad gepreciseerd, dat deze verordeningen de toepassing van artikel 90 van het Verdrag onverlet laten.
- 51 Weliswaar heeft de Raad in de considerans van verordening nr. 3976/87 uiting gegeven aan zijn streven om de concurrentie in het luchtvervoer slechts geleidelijk te verscherpen, ten einde de betrokken sector de tijd te geven om zich aan te passen aan een ander stelsel dan het huidige — te weten een netwerk van overeenkomsten tussen Lid-Staten en tussen luchtvaartmaatschappijen —, maar met dit streven kan slechts rekening worden gehouden binnen de door het Verdrag getrokken grenzen.
- 52 Ofschoon dus de door de Raad en de Commissie vastgestelde nieuwe regels de gemeenschapsinstellingen en de nationale autoriteiten de mogelijkheid bieden de luchtvaartmaatschappijen aan te sporen tot overleg over de tarieven voor bepaalde luchtlijnen, zoals bij voorbeeld die waarop richtlijn 87/601/EEG betrekking heeft, verbiedt het Verdrag hun uitdrukkelijk op enigerlei wijze de totstandkoming te bevorderen van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen op tariefgebied, die in strijd zijn met artikel 85, lid 1, of eventueel artikel 86.
- 53 De nationale rechter noemt verder nog artikel 90, lid 3. Deze bepaling is echter irrelevant voor het antwoord op de in casu opgeworpen vragen; zij verplicht de

Commissie immers te waken over de toepassing van artikel 90, en verleent haar de bevoegdheid, voor zover nodig passende richtlijnen of beschikkingen tot de Lid-Staten te richten, zonder daarom bij stilzitten van de Commissie de toepassing van de leden 1 en 2 van artikel 90 uit te sluiten.

- 54 Daarentegen kan artikel 90, lid 2, wel gevolgen hebben voor de besluiten van de luchtvaartautoriteiten over de goedkeuring van tarieven. Het bepaalt onder meer, dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, slechts onder de mededingingsregels van het Verdrag vallen, voor zover de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.
- 55 Deze bepaling kan immers toepassing vinden op vervoerondernemingen die door de autoriteiten ertoe verplicht zijn, lijnen te bedienen die weliswaar uit commercieel oogpunt niet rendabel zijn, maar waarvan de exploitatie noodzakelijk is om redenen van algemeen belang. Het staat aan de bevoegde nationale administratieve of rechterlijke instanties om in elk concreet geval na te gaan, of de betrokken luchtvaartmaatschappij inderdaad krachtens een overheidsbesluit met de bediening van zulke lijnen is belast (arrest van 27 maart 1974, zaak 127/73, BRT-II, Jurispr. 1974, blz. 313).
- 56 De werking van de mededingingsregels kan echter slechts dan overeenkomstig artikel 90, lid 2, worden beperkt door uit de vervulling van een taak van algemeen belang voortvloeiende vereisten, wanneer de nationale autoriteiten die de tarieven moeten goedkeuren, en de rechterlijke instanties die van geschillen daarover kennisnemen, kunnen vaststellen om welke vereisten het precies gaat en hoe zij de structuur van de door de betrokken luchtvaartmaatschappijen toegepaste tarieven beïnvloeden.
- 57 Zonder een echt transparante tariefstructuur valt immers maar moeilijk of in het geheel niet te beoordelen, welke invloed de taak van algemeen belang heeft op de gelding van de mededingingsregels op het gebied van de tarieven. Het staat aan de nationale rechter om terzake het nodige feitelijke onderzoek te verrichten.



- 58 Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag van de nationale rechter worden geantwoord, dat de artikelen 5 en 90 van het Verdrag in die zin moeten worden uitgelegd,
- dat zij de nationale autoriteiten verbieden de totstandkoming te begunstigen van tariefovereenkomsten die in strijd zijn met artikel 85, lid 1, of eventueel met artikel 86 van het Verdrag,
  - dat zij in de weg staan aan de goedkeuring door die autoriteiten van uit dergelijke overeenkomsten voortvloeiende tarieven,
  - dat zij niet in de weg staan aan een beperking van de werking van de mededingingsregels, voor zover die beperking noodzakelijk is voor de uitvoering van een aan bepaalde luchtvaartmaatschappijen opgelegde taak van algemeen belang en de aard van die taak en de invloed ervan op de tariefstructuur duidelijk vaststaan.

### **Kosten**

- 59 De kosten door de Britse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening hunner opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

### HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Bundesgerichtshof bij beschikking van 30 januari 1986 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) **Bilaterale of multilaterale overeenkomsten inzake tarieven voor lijnvluchten zijn ingevolge artikel 85, lid 2, van rechtswege nietig:**

— in het geval van tarieven voor vluchten tussen luchthavens in een en dezelfde Lid-Staat, of tussen een luchthaven in een Lid-Staat en een in een derde land: wanneer hetzij de autoriteiten van de Lid-Staat waar zich de zetel van een der betrokken luchtvaartmaatschappijen bevindt, op grond van artikel 88 hetzij de Commissie op grond van artikel 89 de onverenigbaarheid van de overeenkomst met artikel 85 hebben vastgesteld;

— in het geval van tarieven voor internationale vluchten tussen luchthavens in de Gemeenschap: wanneer bij de Commissie geen verzoek in de zin van artikel 5 van verordening nr. 3975/87 is ingediend om de overeenkomst vrij te stellen van het verbod van artikel 85, lid 1; of wanneer een dergelijk verzoek wel is ingediend, maar binnen 90 dagen na de bekendmaking ervan in het Publikatieblad geleid heeft tot een negatieve reactie van de Commissie; of nog wanneer de termijn van 90 dagen zonder enige reactie van de Commissie is verstreken, maar de in genoemd artikel 5 voorziene zesjarige geldigheidsperiode van de vrijstelling ten einde is of de Commissie de vrijstelling tijdens die periode heeft ingetrokken.

2) De toepassing van tarieven voor lijnvluchten op grond van bilaterale of multilaterale overeenkomsten kan onder bepaalde omstandigheden misbruik van machtspositie op de betrokken markt opleveren, in het bijzonder wanneer een onderneming met een machtspositie erin is geslaagd, andere vervoerondernemingen te dwingen tot toepassing van buitensporig hoge of lage tarieven of tot toepassing van een enkel tarief op een bepaalde lijn.

3) De artikelen 5 en 90 van het Verdrag moeten in die zin worden uitgelegd,

— dat zij de nationale autoriteiten verbieden de totstandkoming te begunstigen van tariefovereenkomsten die in strijd zijn met artikel 85, lid 1, of eventueel met artikel 86 van het Verdrag,

— dat zij in de weg staan aan de goedkeuring door die autoriteiten van uit dergelijke overeenkomsten voortvloeiende tarieven,

— dat zij niet in de weg staan aan een beperking van de werking van de mededingingsregels, voor zover die beperking noodzakelijk is voor de uitvoering

**van een aan bepaalde luchtvaartmaatschappijen opgelegde taak van algemeen belang en de aard van die taak en de invloed ervan op de tariefstructuur duidelijk vaststaan.**

Due	Koopmans	Joliet	O'Higgins	Grévisse
Slynn	Mancini	Kakouris	Schockweiler	
Moitinho de Almeida	Rodríguez Iglesias	Díez de Velasco	Zuleeg	

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 april 1989.

De griffier

J.-G. Giraud

De president

O. Due