

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremSAT den 6. oktober 2011¹

Indhold

I — Indledning	I - 13769
II — Relevante retsforskrifter	I - 13770
A — Folkeretten	I - 13770
1. Chicagokonventionen	I - 13770
2. Kyotoprotokollen	I - 13772
3. Aftalen om »Open Skies« mellem EU og USA	I - 13773
B — EU-retten	I - 13776
C — National ret	I - 13781
III — Hovedsagen	I - 13781
IV — Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen	I - 13782
V — Stillingtagen	I - 13784
A — Om anvendelse af internationale aftaler og om principper i folkeretlig sædvaneret som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101 (første spørgsmål)	I - 13786

1 — Originalsprog: tysk.

1. Internationale aftaler [første spørgsmål, litra e)-g)]	I - 13787
a) Chicagokonventionen [første spørgsmål, litra e)]	I - 13787
i) Ingen binding af Chicagokonventionen i henhold til artikel 351 TEUF	I - 13787
ii) Ingen binding af Chicagokonventionen ved funktionel efterfølgelse	I - 13789
iii) Foreløbig konklusion	I - 13790
b) Kyotoprotokollen og aftalen om »Open Skies« [første spørgsmål, litra f) og g)]	I - 13790
i) Indledende bemærkning	I - 13791
ii) Kyotoprotokollen [første spørgsmål, litra g)]	I - 13793
— Kyotoprotokollens art og opbygning	I - 13794
— Kyotoprotokollens artikel 2, stk. 2	I - 13795
iii) Aftalen om »Open Skies« [første spørgsmål, litra f)]	I - 13796
— Arten og opbygningen af aftalen om »Open Skies«	I - 13796
— Ubetinget og tilstrækkeligt præcist indhold af de omhandlede bestemmelser i aftalen om »Open Skies«	I - 13799
iv) Foreløbig konklusion	I - 13802
2. Folkeretlig sædvaneret [første spørgsmål, litra a)-d)]	I - 13802
a) Om eksistensen af de omhandlede principper i den folkeretlige sædvaneret og om Den Europæiske Unions binding heraf	I - 13803

i)	Staternes højhedsret over deres luftrum [første spørgsmål, litra a)]	I - 13804
ii)	Ugyldigheden af krav om suverænitet over det åbne hav [første spørgsmål, litra b)]	I - 13805
iii)	Friheden til at flyve over det åbne hav [første spørgsmål, litra c)]	I - 13806
iv)	Den formodede udelukkende retsmyndighed over luftfartøjer over det åbne hav [første spørgsmål, litra d)]	I - 13806
b)	Om egnetheden af de omhandlede principper i den folkeretlige sædvaneret som kriterium for en gyldighedsprøvelse i et søgsmål anlagt af fysiske eller juridiske personer	I - 13808
3.	Foreløbig konklusion	I - 13809
B —	Om foreneligheden af direktiv 2008/101 med de påberåbte internationale aftaler og principper i den folkeretlige sædvaneret (andet til fjerde spørgsmål) ...	I - 13809
1.	Forenelighed med visse principper i den folkeretlige sædvaneret (andet spørgsmål)	I - 13809
a)	Om den manglende ekstraterritoriale virkning af EU's emissionshandelsordning	I - 13810
b)	Om eksistensen af et tilstrækkeligt territorialt tilknytningsmoment .	I - 13811
c)	Om den manglende krænkelse af tredjestaters suverænitet	I - 13813
d)	Foreløbig konklusion	I - 13813
2.	Forenelighed med visse internationale aftaler (tredje og fjerde spørgsmål)	I - 13814
a)	Lovligheden af inddragelsen af flyvestrækninger uden for EU's luftrum i EU's emissionshandelsordning (tredje spørgsmål)	I - 13814

i)	Forenelighed med artikel 1, 11 og 12 i Chicagokonventionen [tredje spørgsmål, litra a)]	I - 13814
ii)	Forenelighed med artikel 7 i aftalen om »Open Skies« [tredje spørgsmål, litra b)]	I - 13816
b)	Lovligheden af EU's enegang uden for ICAO [fjerde spørgsmål, litra a)]	I - 13817
i)	Forenelighed med artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen	I - 13817
ii)	Forenelighed med artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«	I - 13820
—	Ingen modstående ICAO-miljøstandarder	I - 13820
—	Ingen tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling i aftalen om »Open Skies«	I - 13822
—	Intet forbud mod enegang uden for ICAO	I - 13824
c)	Ingen tilsidesættelse af forbuddet mod afgifter for luftfartøjers ankomst og afgang [fjerde spørgsmål, litra b)]	I - 13825
d)	Ingen tilsidesættelse af forbuddet mod skatter og afgifter på brændstof [fjerde spørgsmål, litra c)]	I - 13828
i)	Om forbuddet mod punktafgifter på brændstof	I - 13829
ii)	Om forbuddet mod told på brændstof	I - 13831
iii)	Foreløbig konklusion	I - 13831
C	— Sammenfatning	I - 13831
VI	— Forslag til afgørelse	I - 13832
I	- 13768	

I — Indledning

1. Den ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, som Den Europæiske Union vedtog i 2003, udgør et centralt element i den europæiske klimapolitik². Formålet med denne ordning er dels at gennemføre vigtige miljøpolitiske mål opstillet af de europæiske institutioner, dels at opfylde forpligtelser, som Unionen og dens medlemsstater har påtaget sig siden 1990'erne, navnlig i den såkaldte Kyotoprotokol.

2. I henhold til direktiv 2008/101/EF³ skal luftfartsaktiviteter fra den 1. januar 2012 også inddrages i EU's emissionshandelsordning.

2 — I det sjette miljøhandlingsprogram defineres »arbejde[t] hen imod oprettelsen af en fællesskabsramme for udvikling af en effektiv handel med CO₂-emissionsrettigheder med mulighed for udvidelse til andre drivhusgasser« eksempelvis som et af Den Europæiske Unions »prioriterede tiltag« for håndtering af klimaændringer [artikel 5, stk. 2, nr. i), litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 1600/2002/EF af 22.7.2002 om fastlæggelse af Fællesskabets sjette miljøhandlingsprogram, EFT L 242, s. 1]. Jf. desuden Kommissionens meddelelse af 9.2.2005 — At vinde kampen mod den globale klimaændring, KOM(2005) 35 endelig, hvori det i afsnit 7, punkt 4, anføres, at den »fortsat[te] udnyttelse af fleksible, markedsbaserede hjælpemidler«, heriblandt handel med emissionskvoter skal være et »element i EU's fremtidige klimaændringsstrategi«.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 19.11.2008 om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på inddragelse af luftfartsaktiviteter i ordningen for handel med drivhusgasemissionskvoter i Fællesskabet, EUT 2009 L 8, s. 3.

3. Flere flyselskaber og luftfartssammenslutninger med hjemsted i henholdsvis Amerikas Forenede Stater (USA) og i Canada har modsat sig dette. De har ved High Court of Justice (England & Wales) anfægtet Det Forenede Kongeriges foranstaltninger til gennemførelse af direktiv 2008/101. De har i denne sammenhæng gjort gældende, at Den Europæiske Union ved at inddrage den internationale luftfart — navnlig den transatlantiske luftfart — i sin emissionshandelsordning overtræder en række principper i folkeretlig sædvaneret samt i diverse internationale aftaler.

4. Domstolen er nu blevet anmodet om at tage stilling til direktiv 2008/101's gyldighed i form af en præjudiciel afgørelse. Dens dom må antages at være af grundlæggende betydning, ikke blot for den fremtidige udformning af den europæiske miljøpolitik, men også helt generelt for forholdet mellem EU-retten og folkeretten. Det skal navnlig undersøges nærmere, hvorvidt og i hvilket omfang borgerne ved domstolene kan påberåbe sig visse internationale aftaler og principper i den folkeretlige sædvaneret med henblik på at anfægte en EU-retsakt.

II — Relevante retsfor skrifter

A — Folkeretten

5. I den præjudicielle anmodning henvises der dels til visse principper i den folkeretlige sædvaneret, dels til forskellige internationale aftaler, navnlig Chicagokonventionen, Kyoto-protokollen og aftalen om »Open Skies« mellem Den Europæiske Union og Amerikas Forenede Stater.

1. Chicagokonventionen

6. Den Europæiske Union er ganske vist ikke part i konventionen angående international civil luftfart (herefter »Chicagokonventionen«)⁴, der blev åbnet for undertegnelse i Chicago den 7. december 1944, men det er alle 27 EU-medlemsstater. I konventionens kapitel I (»Konventionens almindelige principper og anvendelse«) indeholder artikel 1 en bestemmelse om højhedsretten over luftrummet:

⁴ — *Recueil des Traités des Nations Unies (RTNU)*, bind 15, s. 295.

»De kontraherende stater anerkender, at enhver stat har fuldstændig og udelukkende højhedsret over luftrummet over dens territorium.«

7. I kapitel II i Chicagokonventionen (»Flyvning over de kontraherende staters territorium«) har artikel 11 med overskriften »Anvendelse af bestemmelser vedrørende luftfart« følgende ordlyd:

»Med forbehold af bestemmelserne i nærværende konvention skal en kontraherende stats love og forskrifter angående ankomst til og afgang fra dens territorium for luftfartøjer, indsat i international luftfart, såvel som angående driften og navigeringen af sådanne luftfartøjer, mens de befinder sig inden for dens territorium, finde anvendelse på samtlige kontraherende staters luftfartøjer uden hensyn til disses nationalitet, og skal efterkommes af disse luftfartøjer ved indflyvning på eller udflyvning fra den pågældende stats territorium, eller mens de befinder sig inden for dette.«

8. Om »Luftens regler« anføres følgende i Chicagokonventionens artikel 12:

»Hver af de kontraherende stater forpligter sig til at træffe forholdsregler til at sikre, at ethvert luftfartøj, der overflyver eller manøvrerer inden for dens territorium, og ethvert luftfartøj, der bærer dens nationalitetsmærke, hvor det end måtte befinde sig, efterkommer de dér gældende regler og forskrifter angående luftfartøjers flyvning og manøvrering. Hver af de kontraherende stater forpligter sig til i videst muligt omfang at holde sine egne

forskrifter i disse henseender i overensstemmelse med de forskrifter, der efterhånden fastsættes i medfør af nærværende konvention. Over det åbne hav skal de i henhold til nærværende konvention fastsatte regler være gældende. Hver af de kontraherende stater forpligter sig til at indlede retsforfølgning mod enhver, der overtræder de gældende forskrifter.«

9. Chicagokonventionens artikel 15 omhandler »Lufthavns- og lignende afgifter«:

»Enhver lufthavn i en kontraherende stat, som står åben for almen benyttelse for indenlandske luftfartøjer, skal [...] ligeledes være åben på tilsvarende vilkår for alle ø[v]rige kontraherende staters luftfartøjer. [...]

De afgifter, som en kontraherende stat måtte pålægge eller tillade pålagt luftfartøjer, hjemmehørende i en anden kontraherende stat, for benyttelsen af sådanne lufthavne og luftfartshjælpe midler, må ikke overstige:

- a) for luftfartøjer, der ikke anvendes i planmæssig international luftfart, de afgifter, der betales af dens egne i lignende trafik anvendte luftfartøjer af samme klasse, og

- b) for luftfartøjer anvendt i planmæssig international luftfart, de afgifter, der betales af dens egne i lignende international luftfart anvendte luftfartøjer.

Alle sådanne afgifter skal offentliggøres og meddeles til Organisationen for International Civil Luftfart [...]. Ingen af de kontraherende stater må pålægge noget i en kontraherende stat hjemmehørende luftfartøj eller personer eller gods ombord deri gebyrer, afgifter eller andre omkostninger alene for retten til overflyvning over, ankomst til eller afgang fra dens territorium.«

10. I Chicagokonventionens kapitel IV (»Forholdsregler til lettelse for luftfarten«) findes artikel 24, der omhandler »Toldafgifter« og bl.a. har følgende ordlyd:

- »a) Der tilstås luftfartøjer under flyvning til, fra eller over en anden kontraherende stats territorium midlertidig toldfrihed i det omfang, denne stats toldforskrifter tillader det. Brændstof [...], som forefindes ombord i et luftfartøj, hjemmehørende i en kontraherende stat, ved ankomsten til en anden kontraherende stats territorium, og som fremdeles er ombord ved afgang fra den pågældende stats territorium, er fritaget for toldafgifter, undersøgelsesafgifter eller lignende af staten eller lokalt pålagte afgifter og gebyrer. [...]

[...]«

11. Ved Chicagokonventionen blev Organisationen for International Civil Luftfart (»ICAO«) etableret, der siden 1947 har haft status som særorganisation i FN-regi⁵. Alle 27 EU-medlemsstater er medlem af denne organisation, mens Den Europæiske Union som sådan alene har observatørstatus inden for ICAO. ICAO kan fastsætte juridisk bindende normer, men også udstede ikke-bindende erklæringer, hvori organisationen formulerer sine holdninger.

2. Kyotoprotokollen

12. Kyotoprotokollen til De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer (herefter »Kyotoprotokollen«)⁶ blev vedtaget den 11. december 1997 og trådte i kraft den 16. februar 2005. Den blev både ratificeret af det daværende Europæiske Fællesskab⁷ og af alle 27 EU-medlemsstater.

13. I Kyotoprotokollen har de parter, der betragtes som »industrilan-

de«⁸, indgået forpligtelser med henblik på at begrænse eller formindske deres menneskeskabte drivhusgasemissioner. For så vidt angår Den Europæiske Union og dens medlemsstater indebærer det for perioden 2008 til 2012, at de er forpligtede til at reducere deres samlede drivhusgasemissioner med 8 % i forhold til 1990-niveauet⁹.

14. De mulige foranstaltninger, som Kyotoprotokollens parter ved opfyldelsen af deres emissionsbegrænsninger og reduktionsforpligtelser, skal træffe, omfatter ifølge Kyotoprotokollens artikel 2, stk. 1, litra a), nr. vii), også

»foranstaltninger til at begrænse og/eller reducere emissionen af drivhusgasser, der ikke er reguleret af Montrealprotokollen, inden for transportsektoren«.

15. Kyotoprotokollens artikel 2, stk. 2, indeholder endvidere følgende bestemmelse:

»Bilag I-parterne søger gennem samarbejde i Organisationen for International Civil Luftfart og Den Internationale Søfartsorganisation at

5 — Jf. herom protokollen, der blev undertegnet den 1.10.1947 i New York, *RTNU*, bind 8, s. 315.

6 — EFT 2002 L 130, s. 4, *RTNU*, bind 2303, s. 148.

7 — Rådets beslutning af 25.4.2002 om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af Kyotoprotokollen til De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer og om den fælles opfyldelse af forpligtelserne i forbindelse hermed, EFT L 130, s. 1.

8 — En liste over de parter, der anses for industrilande, og nogle stater med overgangsøkonomi findes i bilag I til De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer, vedtaget den 9.9.1992 i New York, EFT 1994 L 33, s. 13, *RTNU*, bind 1771, s. 107. Dertil hører navnlig det daværende Europæiske Fællesskab og alle dets medlemsstater.

9 — Kyotoprotokollens artikel 3, stk. 1, sammenholdt med bilag I B og bilag II.

begrænse og reducere emissionerne af drivhusgasser, der ikke er reguleret af Montreal-protokollen, og som stammer fra brændsel til international luft- og skibsfart.«

fra 2010's affattelse er den blevet anvendt midlertidigt fra den 24. juni 2010¹³.

3. Aftalen om »Open Skies« mellem EU og USA

16. Lufttransportaftalen mellem Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater på den ene side og Amerikas Forenede Stater på den anden¹⁰ (herefter »aftalen om «»Open Skies«») blev undertegnet i april 2007 og ændret på flere punkter ved en protokol af 24. juni 2010 (herefter »ændringsprotokol fra 2010«)¹¹. I sin oprindelige affattelse blev aftalen om »Open Skies« anvendt midlertidigt fra den 30. marts 2008¹², i ændringsprotokollen

17. Artikel 2 i aftalen om »Open Skies« definerer princippet om »rimelig og lige adgang« således:

»Hver af parterne giver begge parter luftfartsselskaber rimelig og lige adgang til at konkurrere om at udbyde de internationale lufttransportydelse, der er omfattet af denne aftale.«

18. Artikel 3 i aftalen om »Open Skies« med overskriften »Tilståelse af rettigheder«, nærmere bestemt artiklens stk. 4, bestemmer følgende:

»Hver af parterne tillader ethvert luftfartsselskab at fastsætte frekvens og kapacitet af den internationale lufttransport, som det udbyder på grundlag af kommercielle markedsovervejelser. I overensstemmelse med denne ret foretager ingen af parterne ensidigt begrænsning af trafikmængde, frekvens eller regelmæssighed af den rute, eller den eller de

10 — EFT 2007 L 134, s. 4.

11 — Protokol om ændring af lufttransportaftalen mellem Amerikas Forenede Stater og Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater, der er undertegnet den 25. og 30.4.2007, undertegnet i Luxembourg den 24.6.2010, EUT 2010 L 223, s. 3.

12 — Artikel 25, nr. 1), i aftalen om »Open Skies«, sammenholdt med artikel 1, stk. 3, i afgørelse 2007/339/EF truffet af Rådet og repræsentanterne for Den Europæiske Unions medlemsstaters regeringer, forsamlet i Rådet, den 25.4.2007 om undertegnelse og midlertidig anvendelse af lufttransportaftalen mellem Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater på den ene side og Amerikas Forenede Stater på den anden side, EUT L 134, s. 1.

13 — Artikel 9, stk. 1, i ændringsprotokollen fra 2010 sammenholdt med artikel 1, stk. 3, i afgørelse 2010/465/EU vedtaget af Rådet og repræsentanterne for Den Europæiske Unions medlemsstaters regeringer, forsamlet i Rådet, den 24.6.2010 om undertegnelse og midlertidig anvendelse af protokollen om ændring af lufttransportaftalen mellem Amerikas Forenede Stater på den ene side og Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater på den anden side, EUT L 223, s. 1.

typer af luftfartøjer, som anvendes af den anden parts luftfartsselskaber til driften, ej heller kræver parterne aflevering af ruteplaner, programmer for charterflyvning eller driftsplaner for den anden parts luftfartsselskaber, undtaget for så vidt det måtte være krævet af toldmæssige, tekniske, driftsmæssige eller miljømæssige årsager (i overensstemmelse med artikel 15), på ensartede vilkår, som er i overensstemmelse med konventionens artikel 15.«

19. Om »[a]nvendelse af lovgivning« indeholder artikel 7 i aftalen om »Open Skies« denne bestemmelse:

»1. En parts love og forskrifter vedrørende ankomst til og afgang fra dens territorium for luftfartøjer i international lufttransport eller vedrørende drift og navigation af sådanne luftfartøjer på dens territorium finder anvendelse på luftfartøjer, som bruges af den anden parts luftfartsselskaber, og skal overholdes af luftfartøjerne ved ankomst til, ophold på og afgang fra den første parts territorium.

2. En parts love og forskrifter vedrørende adgang til eller afgang fra dens territorium for et luftfartøjs passagerer, besætninger og fragt (herunder bestemmelser vedrørende indrejse, klarering, pas, told og karantæne samt bestemmelser for post) skal efterkommes af den anden parts luftfartsselskaber af eller på vegne af dets passagerer, besætninger og fragt

ved ankomst til, ophold på eller afgang fra den første parts territorium.«

20. Artikel 11 i aftalen om »Open Skies« med overskriften »Told og afgifter« indeholder følgende bestemmelse:

»1. Luftfartøjer, som benyttes i international lufttransport af et af den anden parts luftfartsselskaber, [...] er ved ankomsten på en parts territorium på et gensidigt grundlag og forudsat, at udstyr, forsyninger og beholdninger forbliver om bord på luftfartøjet, fritaget for alle importrestriktioner, ejendomsskatter, kapitalafgifter, told, punktafgifter og andre lignende afgifter, som a) opkræves af de nationale myndigheder eller Det Europæiske Fællesskab og b) ikke bygger på omkostningerne ved de leverede ydelser.

2. Med undtagelse af afgifter baseret på omkostningen ved en leveret ydelse, er følgende genstande på et gensidigt grundlag også fritaget for skatter, told og afgifter, som er omhandlet i stk. 1:

[...]

c) beholdninger af brændstof, smørelie og teknisk forråd indført til eller leveret på en parts territorium til brug i et af den anden parts luftfartøjer, der benyttes i

international lufttransport, også hvis forrådet skal bruges på den del af turen, der foregår over den parts territorium, hvor beholdningerne eller forrådet er leveret,

[...]«

21. Artikel 15 i aftalen om »Open Skies« indeholder en bestemmelse med overskriften »Miljø«, der — i ændringsprotokollen fra 2010's affattelse — bl.a. har følgende ordlyd¹⁴:

»1. Parterne erkender, hvor vigtigt det er at beskytte miljøet i forbindelse med udvikling og gennemførelse af den internationale luftfartspolitik, nøje at afveje omkostninger og fordele ved miljøbeskyttelsesforanstaltninger under udviklingen af denne politik og i givet fald i fællesskab at fremme effektive globale løsninger. Derfor har parterne til hensigt at samarbejde om at begrænse eller nedbringe den internationale luftfarts miljøpåvirkninger på en økonomisk rimelig måde.

14 — Ordlyden af artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«, som den forelæggende ret udtrykkeligt henviser til i sine spørgsmål, er ikke ændret i forhold til den oprindelige affattelse af aftalen om »Open Skies«. Den ubetydelige afvigelse i den tyske sprogversion af artikel 15, stk. 3, første punktum (hvor der nu er tale om »Umweltschutzstandards« og ikke længere om »Umweltschutznormen«) er ikke afspejlet i andre sprogversioner. I den engelske version er der fortsat tale om »aviation environmental standards« og i den franske version om »normes sur la protection de l'environnement«.

2. Når en part overvejer forslag til miljøforanstaltninger på regionalt, nationalt eller lokalt niveau, bør den evaluere, om der er negative virkninger for udøvelsen af de rettigheder, der er fastsat i denne aftale, og hvis sådanne foranstaltninger vedtages, bør parten foretage det fornødne for at afbøde eventuelle negative virkninger. På anmodning fra en part forelægger den anden part en beskrivelse af denne evaluering og afbødende foranstaltninger.

3. Når miljøforanstaltninger indføres, skal de følge miljøstandarderne for luftfart, som er fastsat af Organisationen for International Civil Luftfart i bilag til konventionen, undtagen hvor der er givet underretning om forskelle. Parterne anvender miljøforanstaltninger, som påvirker luftfartsforbindelser, der er omfattet af denne aftale, i overensstemmelse med denne aftales artikel 2 og artikel 3, stk. 4.

4. Parterne bekræfter, at medlemsstaterne og USA forpligter sig til at anvende princippet om en afbalanceret strategi.

[...]

7. Hvis parterne anmoder derom, påtager Det Fælles Udvalg sig med bistand fra eksperter at opstille anbefalinger, hvormed der tages fat på spørgsmål om mulig overlappning og sammenhæng mellem markedsbaserede foranstaltninger i henseende til

luftfartsemissioner, som parterne gennemfører, for derigennem at undgå overlappende foranstaltninger og omkostninger og så vidt muligt mindske luftfartsselskabernes administrative byrde. Gennemførelsen af sådanne anbefalinger sker med forbehold af hver parts eventuelle interne godkendelse eller ratifikation.

8. Hvis en part mener, at et spørgsmål vedrørende miljøbeskyttelse på luftfartsområdet, herunder foreslåede nye foranstaltninger, giver anledning til bekymring for så vidt angår anvendelsen eller gennemførelsen af denne aftale, kan den anmode om et møde i Det Fælles Udvalg, jf. artikel 18, med henblik på at overveje spørgsmålet og reagere på passende vis, hvis bekymringerne viser sig at være berettigede.«

B — EU-retten

22. Den ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, der er gældende i Den Europæiske Union (herefter »EU's emissions-handelsordning«), har til formål at begrænse og nedbringe drivhusgasemissionerne ved hjælp af markedsbaserede virkemidler. Denne ordning, der undertiden også beskrives med det engelske udtryk »cap and trade«, blev

indført ved direktiv 2003/87/EF¹⁵ og gælder for hele Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS)¹⁶.

23. Som det fremgår af direktivets femte be-
tragtning, har direktiv 2003/87 ikke mindst til
formål at efterkomme Unionens forpligtelser
i henhold til Kyoto-protokollen:

»Fællesskabet og dets medlemsstater har
vedtaget, at de vil opfylde deres forpligtelser
til at reducere antropogene drivhusgasemis-
sioner i henhold til Kyoto-protokollen i fæl-
lesskab, i overensstemmelse med beslutning
2002/358/EF. Direktivet skal bidrage til at op-
fylde Fællesskabets og dets medlemsstaters
forpligtelser mere effektivt gennem et effek-
tivt europæisk marked med kvoter for driv-
husgasemissioner og med den mindst mulige
negative indvirkning på den økonomiske ud-
vikling og beskæftigelsessituationen.«

24. Oprindelig var drivhusgasemissioner
hidrørende fra luftfarten ikke omfattet af
EU's emissionshandelsordning. I 2008 vedtog
EU-lovgiver imidlertid at inddrage luftfarten i

15 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.10.2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF, EUT L 275, s. 32.

16 — Udvidelsen til hele EØS skete ved afgørelse truffet af Det Blandede EØS-udvalg nr. 146/2007 af 26.10.2007 om ændring af bilag XX (Miljø) til EØS-aftalen, EUT 2008 L 100, s. 92, og for luftfartens vedkommende ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 6/2011 af 1.4.2011 om ændring af bilag XX (Miljø) til EØS-aftalen, EUT L 93, s. 35.

ordningen, nærmere bestemt fra den 1. januar 2012. For 2012 skal alle flyselskaber — også selskaber fra tredjelande — for første gang købe og indløse emissionskvoter for deres flyvninger fra og til europæiske flyvepladser. Med henblik herpå blev direktiv 2003/87 ændret og suppleret ved direktiv 2008/101¹⁷.

I det ændrede direktivs bilag IV, del B, fastsættes det endvidere, at der til beregningen af emissionerne fra luftfartsaktiviteter anvendes formlen »brændstofforbrug × emissionsfaktor«. Endvidere fremgår det af dette bilag, at omfanget af luftfartøjsoperatørers luftfartsaktiviteter beregnes på grundlag af formlen »tonkilometer = flyvestrækning × nyttelast«, hvor flyvestrækningen er storcirkelafstanden mellem afgangsflyvepladsen og ankomstflyvepladsen plus en yderligere fast faktor på 95 km.

25. Det ændrede direktiv indeholder et nyt kapitel II med overskriften »Luftfart«, som består af artikel 3a-3g. Dette kapitels anvendelsesområde defineres i artikel 3a således:

26. Det ændrede direktivs artikel 3c med overskriften »Samlet mængde kvoter til luftfart« har bl.a. følgende ordlyd:

»Bestemmelserne i dette kapitel finder anvendelse på tildeling og udstedelse af kvoter for de i bilag I nævnte luftfartsaktiviteter.«

»1. For perioden fra den 1. januar 2012 til den 31. december 2012 svarer den samlede mængde kvoter, der skal tildeles luftfartøjsoperatørerne, til 97 % af de historiske luftfartsemissioner.

I henhold til definitionen i bilag I til det ændrede direktiv er luftfartsaktiviteter i direktivets forstand »[f]lyvninger, der afgår fra eller ankommer til en flyveplads, der er beliggende på en medlemsstats område, hvor traktaten finder anvendelse«.¹⁸

2. For [...] periode[n], der begynder den 1. januar 2013, og, såfremt der ikke foretages nogen ændringer [...], for hver efterfølgende periode svarer den samlede mængde kvoter, der skal tildeles luftfartøjsoperatørerne, til 95 % af de historiske luftfartsemissioner ganget med antallet af år i perioden.

17 — Herefter benævnes direktiv 2003/87 som affattet ved direktiv 2008/101 også »det ændrede direktiv«.

18 — Nogle få delaspekter af flytrafikken er ifølge det ændrede direktivs bilag I ikke omfattet af EU's emissionshandelsordning, eksempelvis militære flyvninger, der udføres af militærfly.

[...]«¹⁹

overdragelse, returnering og annullering af kvoter følgende:

27. Det ændrede direktivs artikel 3d med overskriften »Metode til tildeling af kvoter til luftfarten ved auktion« indeholder følgende bestemmelse:

»1. I den i artikel 3c, stk. 1, nævnte periode bortauktioneres 15 % af kvoterne.

2. Fra 1. januar 2013 bortauktioneres 15 % af kvoterne. Denne procentdel kan blive forhøjet som led i den generelle revision af dette direktiv.

»De administrerende medlemsstater sørger for, at hver luftfartøjsoperatør senest den 30. april hvert år returnerer et antal kvoter svarende til de samlede emissioner i det foregående kalenderår fra luftfartsaktiviteter i bilag I, for hvilke den er luftfartøjsoperatør, som verificeret efter artikel 15. Medlemsstaterne sørger for, at kvoter, der returneres i overensstemmelse med dette stykke, derefter annulleres.«

[...]

4. Hver medlemsstat fastsætter, hvad provenuet fra auktioner af kvoter skal anvendes til. Dette provenu bør anvendes til imødegåelse af klimaændringer i EU og tredjelande [...]

29. I henhold til det ændrede direktivs artikel 16 skal medlemsstaterne sørge for en effektiv gennemførelse af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner og fastsætte sanktioner i tilfælde af overtrædelser, der er effektive, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning. Disse sanktioner kan gå så vidt som til et driftsforbud, der i givet fald nedlægges af Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat. Navnene på luftfartøjsoperatører, der ikke overholder deres forpligtelser i henhold til emissionsrettighedsordningen, skal offentliggøres.

[...]«

28. I det ændrede direktivs kapitel IV (»Bestemmelser for luftfart og stationære anlæg«) bestemmer artikel 12, stk. 2a, vedrørende

30. Det ændrede direktivs artikel 25a med overskriften »Tredjelandes foranstaltninger til at mindske luftfartens påvirkning af klimaet« har følgende ordlyd:

19 — De historiske luftfartsemissioner beregnes i henhold til det ændrede direktivs artikel 3, litra s), ud fra den gennemsnitlige middelværdi af de årlige emissioner fra luftfartøjer i kalenderårene 2004-2006. De blev senest fastsat i Kommissionens afgørelse 2011/149/EU af 7.3.2011, EUT L 61, s. 42.

»1. Hvis et tredjeland træffer foranstaltninger til at mindske klimapåvirkningen fra flyvninger, der afgår fra det pågældende tredjeland og ankommer til Fællesskabet, overvejer Kommissionen efter at have ført samråd med det pågældende tredjeland og med medlemsstaterne [...], hvilke muligheder der er for at skabe optimalt samspil mellem fællesskabsordningen og det pågældende lands foranstaltninger.

Kommissionen kan om nødvendigt vedtage ændringer med henblik på, at flyvninger fra det pågældende tredjeland udelukkes fra luftfartsaktiviteterne i bilag I, eller med henblik på andre ændringer af de i bilag I opførte luftfartsaktiviteter [...]

[...]

2. Fællesskabet og dets medlemsstater skal fortsat søge at nå til enighed om globale foranstaltninger til reduktion af drivhusgasemissionerne fra luftfarten. På baggrund af en sådan enighed overvejer Kommissionen, om det er nødvendigt at foretage ændringer i den måde hvorpå dette direktiv gælder for luftfartøjsoperatører.«

31. Supplerende skal der henvises til præambulen til direktiv 2008/101, i hvilken ottende, niende, tiende, ellefte og syttende betragtning indeholder følgende udsagn:

»(8) Ifølge Kyotoprotokollen [...] skal de udviklede lande gennem samarbejde i Organisationen for International

Civil Luftfart (ICAO) søge at begrænse og reducere emissionerne fra luftfarten af drivhusgasser, der ikke er reguleret af Montrealprotokollen.

- (9) Fællesskabet er ikke kontraherende part i Chicagokonventionen [...], men alle medlemsstaterne er parter heri og medlemmer af ICAO. Sammen med andre stater i ICAO støtter medlemsstaterne fortsat arbejdet med at udvikle foranstaltninger, herunder markedsbaserede instrumenter, til imødegåelse af klimapåvirkningen fra luftfarten. På det sjette møde i ICAO's komité for miljøbeskyttelse i forbindelse med luftfart (ICAO Committee on Aviation Environmental Protection) i 2004 var der enighed om, at en luftfartsspecifik emissionshandelsordning baseret på en ny retsakt i ICAO-regi ikke var nogen tiltrækkende løsning, som derfor dengang ikke længere burde overvejes. Resolution A35-5 fra ICAO's 35. samling i september 2004 indeholdt derfor ikke forslag om et nyt retligt instrument, men støttede i stedet åben emissionshandel og muligheden for, at staterne kan inddrage emissionerne fra international luftfart i deres emissionshandelsordninger. I tillæg L til resolution A36-22 fra ICAO's

36. samling i september 2007 henstilles det til de kontraherende stater ikke at gennemføre en emissionshandelsordning vedrørende andre kontraherende staters luftfartøjsoperatører, medmindre det sker på grundlag af en aftale mellem disse stater. Under henvisning til, at Chicagokonventionen udtrykkeligt anerkender, at hver enkelt kontraherende part har ret til på et ikke-diskriminerende grundlag at anvende sine egne luftfartslove og --bestemmelser på luftfartøjer fra alle stater, tog Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater og 15 andre europæiske stater forbehold med hensyn til denne resolution og forbeholdt sig i henhold til Chicagokonventionen ret til på et ikke-diskriminerende grundlag at vedtage og anvendemarkedsbaserede foranstaltninger på alle luftfartøjsoperatører fra alle stater, der tilbyder luftfartstjenester til, fra eller inden for deres område.

oktober 2002, december 2003 og oktober 2004 gentagne gange anmodet Kommissionen om at fremsætte forslag til tiltag til at mindske klimapåvirkningen fra international luftfart.

- (11) For at de nødvendige betydelige emissionsreduktioner kan opnås, bør der gennemføres politikker og foranstaltninger på medlemsstats- og fællesskabsniveau i alle de økonomiske sektorer i Fællesskabet. Hvis klimapåvirkningen fra luftfartssektoren fortsætter med at vokse med umindsket fart, vil det i høj grad underminere de reduktioner til bekæmpelse af klimaændringerne, der gennemføres i andre sektorer.

[...]

- (10) I Fællesskabets sjette miljøhandlingsprogram fastlagt ved Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 1600/2002/EF [...] blev det fastslået, at Fællesskabet skulle identificere og lancere specifikke tiltag til at reducere drivhusgasemissionerne fra luftfart, hvis ICAO ikke var nået til enighed om sådanne tiltag inden udgangen af 2002. Rådet har i sine konklusioner fra

- (17) Fællesskabet og dets medlemsstater bør fortsat søge at nå til enighed om globale foranstaltninger til reduktion af drivhusgasemissionerne fra luftfarten. Derved kan fællesskabsordningen tjene som model for anvendelse af emissionshandel i verden som helhed. Fællesskabet og dets medlemsstater bør fortsat være i kontakt med tredjeparter under gennemførelsen af dette direktiv og tilskynde tredjelande til at træffe tilsvarende foranstaltninger.

Hvis et tredjeland træffer foranstaltninger til at mindske klimapåvirkningen fra flyvninger til Fællesskabet og derved opnår en miljøvirkning, der mindst svarer til dette direktivs, bør Kommissionen, efter at have ført samråd med dette land, overveje, hvilke muligheder der er for at skabe et optimalt samspil mellem fællesskabsordningen og det pågældende lands foranstaltninger. Emissionshandelsordninger, der udvikles i tredjelands, begynder at skabe et optimalt samspil med fællesskabsordningen, afhængig af, hvor stor en del af luftfarten de dækker. Bilaterale aftaler om kombineret af fællesskabsordningen med andre handelsordninger for at opnå en fælles ordning eller om hensyntagen til tilsvarende foranstaltninger for at undgå overlappende regulering kunne være et skridt i retning af en global aftale. Når der indgås sådanne bilaterale aftaler, kan Kommissionen ændre de typer luftfartsaktiviteter, der omfattes af fællesskabsordningen, herunder foretage heraf betingede tilpasninger af den samlede mængde kvoter, der skal tildeles luftfartøjsoperatørerne.«

C — *National ret*

32. I Det Forenede Kongeriges lovgivning er Aviation Greenhouse Gas Emissions Trading

Scheme Regulations 2009²⁰ (bekendtgørelse om ordningen for handel med drivhusgasemissionskvoter i forbindelse med luftfart 2009, herefter »2009-bekendtgørelsen«), der indeholder en del af de nationale foranstaltninger til gennemførelse af direktiv 2008/101²¹, relevante.

III — Hovedsagen

33. Ved High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), den forelæggende ret, verserer en sag til prøvelse af 2009-bekendtgørelsen.

34. Denne sag blev anlagt den 16. december 2009 af fire sagsøgere med hjemsted i USA. Sagsøgerne er The Air Transport Association of America (ATAA), American Airlines (AA), Continental Airlines (Continental) og United Air Lines (UAL). ATAA er en sammenslutning for handel og tjenesteydelser i forbindelse med luftfartsindustrien i USA, der ikke arbejder med gevinst for øje. AA, Continental og UAL er tre flyselskaber med hjemsted i USA, der varetager flyvninger i hele verden, herunder flyvninger til destinationer i Den Europæiske Union. Den til disse

20 — SI 2009/2301.

21 — Yderligere nationale gennemførelsesforanstaltninger findes i Aviation Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme Regulations 2010, bekendtgørelse om ordningen for handel med drivhusgasemissionskvoter i forbindelse med luftfart 2010, herefter »2010-bekendtgørelsen«, SI 2010/1996. Ifølge oplysningerne fra Det Forenede Kongeriges regering har 2010-bekendtgørelsen delvist erstattet og suppleret 2009-bekendtgørelsen. Man kan derfor fremover anse 2010-bekendtgørelsen for den nye sagsgenstand i hovedsagen.

hørende administrerende medlemsstat i henhold til EU's emissionshandelsordning er Det Forenede Kongerige²².

35. Sagsøgte er Det Forenede Kongeriges minister for energi og klimaændringer²³ som den nationale myndighed med hovedansvaret for implementeringen af direktiv 2008/101.

36. Begge parter støttes af intervenienter. På sagsøgernes side er yderligere to sammenslutninger indtrådt i hovedsagen²⁴, The International Air Transport Association (IATA), en international sammenslutning af flyselskaber, og The National Airlines Council of Canada (NACC), en sammenslutning af canadiske flyselskaber. Til støtte for sagsøgte har i alt fem miljøbeskyttelsesorganisationer intervenseret²⁵, nærmere bestemt The Aviation Environment Federation (AEF), den britiske afdeling af World Wide Fund For

Nature (WWF-UK), The European Federation for Transport and Environment (EFTE), The Environmental Defense Fund (EDF) og Earthjustice.

37. I det væsentlige gør sagsøgerne, med støtte fra deres intervenienter, gældende, at direktiv 2008/101 — der er gennemført ved 2009-bekendtgørelsen — ikke er foreneligt med folkeretten og derfor er ugyldigt. Sagsøgte og dennes intervenienter har indtaget det stik modsatte synspunkt.

IV — Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

38. Ved kendelse af 8. juli 2010, indgået til Domstolen den 22. juli 2010, forelagde High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål.

22 — Jf. om den administrerende medlemsstat det ændrede direktivs artikel 3, litra q), og artikel 18a samt — senest — Kommissionens forordning (EU) nr. 115/2011 af 2.2.2011 om ændring af forordning (EF) nr. 748/2009 om en liste over luftfartøjsoperatører, som den 1.1.2006 udførte eller derefter har udført en af luftfartsaktiviteterne i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF, med angivelse af den til hver luftfartøjsoperatør hørende administrerende medlemsstat, EUT L 39, s. 1.

23 — Secretary of State for Energy and Climate Change.

24 — Begge optræder som »enkeltintervenient« (»single intervenient«).

25 — Disse optræder også som »enkeltintervenient« (»single intervenient«).

»1) Kan nogle eller alle de følgende regler i folkeretten påberåbes i denne sag til prøvelse af gyldigheden af direktiv 2003/78/EF, som ændret ved direktiv 2008/101/EF, med henblik på inddragelse af luftfartsvirksomhed i Fællesskabets ordning

for handel med drivhusgasemissioner inden for [Unionen] [...]:

f) [aftalen om »Open Skies«] [navnlig artikel 7, artikel 11, stk. 2, litra c), og artikel 15, stk. 3]

a) princippet i den folkeretlige sædvaneret, hvorefter enhver stat har fuldstændig og udelukkende højhedsret over sit luftrum

g) Kyotoprotokollen (navnlig artikel 2, stk. 2)?

b) princippet i den folkeretlige sædvaneret, hvorefter ingen stat retsgyldigt kan underlægge nogen del af det åbne hav sin højhedsret

I det omfang spørgsmål 1 besvares bekræftende:

c) princippet i den folkeretlige sædvaneret om friheden til at flyve over det åbne hav

2) Er [...] direktiv [2008/101] ugyldigt, såfremt og i det omfang det anvender ordningen om handel med emissionskvoter på den del af flyvningerne (enten generelt eller på luftfartøjer, der er registreret i tredjelande), som finder sted uden for EU-medlemsstaternes luftrum, idet det strider mod en eller flere af de i [spørgsmål 1] nævnte principper i den folkeretlige sædvaneret?

d) princippet i den folkeretlige sædvaneret, (hvis eksistens ikke anerkendes af sagsøgte), hvorefter fly under deres overflyvning af det åbne hav alene er undergivet den stats retsmyndighed, som de er registreret i, medmindre noget andet udtrykkeligt er fastsat i en international traktat

3) Er [...] direktiv [2008/101] ugyldigt, såfremt og i det omfang det anvender ordningen om handel med emissionskvoter på den del af flyvningerne (enten generelt eller på luftfartøjer, der er registreret i tredjelande), som finder sted uden for EU-medlemsstaternes luftrum:

e) Chicagokonventionen (navnlig artikel 1, 11, 12, 15 og 24)

a) idet det strider mod Chicagokonventionens artikel 1, 11 og/eller 12,

- b) idet det strider mod artikel 7 i [aftalen om »Open Skies«]? den svenske, den islandske og den norske regering samt Det Forenede Kongeriges regering, Europa-Parlamentet, Rådet for Den Europæiske Union og Europa-Kommissionen.
- 4) Er [...] direktiv [2008/101] ugyldigt, [...] i det omfang det anvender ordningen om handel med emissionskvoter på luftfartsaktiviteter:
- a) idet det strider mod Kyotoprotokolens artikel 2, stk. 2, og artikel 15, stk. 3, i [aftalen om »Open Skies«]
- b) idet det strider mod Chicagokonventionens artikel 15 i sig selv eller sammenholdt med artikel 3, stk. 4, og artikel 15, stk. 3, i [aftalen om »Open Skies«]
- c) idet det strider mod Chicagokonventionens artikel 24 i sig selv eller sammenholdt med artikel 11, stk. 2, littera c), i [aftalen om »Open Skies«]?«
40. Den 5. juli 2011 blev der afholdt et retsmøde ved Domstolen, hvor alle deltagerne i den skriftlige forhandling — med undtagelse af den belgiske, den tyske, den italienske, den nederlandske, den østrigske og den islandske regering — samt derudover den danske regering deltog.
- V — Stillingtagen**
41. Sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, er af den opfattelse, at inddragelsen af internationale luftfartsaktiviteter i Den Europæiske Unions emissionshandelsordning er uforenelig med en række principper i den folkeretlige sædvaneret samt med diverse internationale aftaler. Derfor er direktiv 2008/101, ved hvilket EU's emissionshandelsordning blev udvidet til at omfatte luftfartsaktiviteter, ugyldigt.
39. Følgende procesdeltagere har deltaget i den skriftlige forhandling for Domstolen: sagsøgerne i hovedsagen, intervenienterne på begge sider i hovedsagen, den belgiske, den tyske, den spanske, den franske, den italienske, den nederlandske, den østrigske, den polske,
42. I det væsentlige har disse parter fremført tre grupper argumenter mod direktiv 2008/101. For det første har de gjort gældende, at Den Europæiske Union strækker sin kompetence i henhold til folkeretten for vidt, når den ikke begrænser sin

emissionshandelsordning til kun at omfatte flyvninger inden for Europa, men også indtager dele af internationale flyvninger, der finder sted over det åbne hav eller i luftrummet over tredjelande²⁶. For det andet har de anført, at en emissionshandelsordning for den internationale luftfart skal forhandles og vedtages i ICAO's regi²⁷. Den må ikke indføres ensidigt. Og for det tredje er de af den opfattelse, at emissionshandelsordningen er ensbetydende med pålæggelse af en afgift, der er forbudt i medfør af internationale aftaler²⁸.

43. Det er ubestridt, at Den Europæiske Union er bundet af folkeretten. For det første har Unionen status som juridisk person (artikel 47 TEU) og kan dermed være indehaver af rettigheder og forpligtelser i henhold til folkeretten. For det andet er det Unionens erklærede mål at bidrage til nøje overholdelse og udvikling af folkeretten (artikel 3, stk. 5, andet punktum, TEU) samt at tilstræbe at fremme respekten for folkerettens principper (artikel 21, stk. 1, første afsnit, TEU).

44. I overensstemmelse hermed skal Unionen ifølge fast retspraksis udøve sine beføjelser

26 — Dette anbringende er genstand for det andet og tredje præjudicielle spørgsmål.

27 — Dette anbringende er genstand for det fjerde præjudicielle spørgsmål, litra a).

28 — Dette anbringende er genstand for det fjerde præjudicielle spørgsmål, litra b) og c).

under overholdelse af folkeretten²⁹. Inden for rammerne af dens kompetence i den præjudicielle procedure [artikel 19, stk. 3, litra b), TEU og artikel 267, stk. 1, litra b), TEUF] påhviler det Domstolen at undersøge, om gyldigheden af retsakter udstedt af EU's institutioner kan anfægtes under henvisning til, at de strider mod en regel i folkeretten³⁰.

45. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at individer (dvs. fysiske og juridiske personer) i retssager efter forgodtbefindende kan påberåbe sig folkeretlige bestemmelser eller principper med henblik på at rejse tvivl om EU-institutionernes retsakter. Snarere skal det med hensyn til hver enkelt konkret omhandlet folkeretlig bestemmelse og hvert enkelt konkret omhandlet folkeretligt princip altid undersøges særskilt, om og i hvilket omfang de i et søgsmål anlagt af en fysisk eller juridisk person kan anvendes som kriterium til prøvelse af lovligheden af EU-retsakter³¹. Denne problematik, som det første præjudicielle spørgsmål omhandler, går logisk set forud for den egentlige prøvelse af gyldigheden af direktiv 2008/101 (respektive prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2003/87 som ændret

29 — Dom af 24.11.1992, C-286/90, Poulsen og Diva Navigation, Sml. I, s. 6019, præmis 9, af 16.6.1998, sag C-162/96, Racke, Sml. I, s. 3655, præmis 45, af 3.6.2008, sag C-308/06, Intertanko m.fl., herefter »Intertanko«, Sml. I, s. 4057, præmis 51, og af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, herefter »Kadi«, Sml. I, s. 6351, præmis 291.

30 — Dom af 12.12.1972, forenede sager 21/72-24/72, International Fruit Company m.fl., herefter »International Fruit Company«, Sml. 1972, s. 295, org.ref.: Rec. s. 1219, præmis 6, og Racke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 27.

31 — Dommen i sagen International Fruit Company, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 8. I samme retning Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, navnlig præmis 43 og 45.

ved direktiv 2008/101) og skal derfor behandles først.

46. Ved prøvelsen af de rejste retsspørgsmål vil jeg i øvrigt kun behandle de folkeretlige principper og bestemmelser, som den nationale ret konkret har gjort til genstand for sine spørgsmål. Jeg finder det ikke hensigtsmæssigt at komme ind på de øvrige internationale aftaler, som navnlig intervenienterne i hovedsagen har anført³². Det er ganske vist teoretisk muligt, at Domstolen under den præjudicielle procedure på eget initiativ tager stilling til mulige ugyldighedsgrunde, som den forelæggende ret ikke har anmodet den om at tage stilling til³³. I forbindelse med præjudicielle forelæggelser vedrørende gyldighed bør Domstolen dog være tilbageholdende med at gøre brug af denne mulighed. Hvis det fremgår af sagen, at den nationale ret stiltiende har afvist at forelægge Domstolen spørgsmål om en bestemmelse, bør Domstolen heller ikke behandle denne³⁴. Sådan forholder det sig i den foreliggende sag. High Courts forelæggelsesafgørelse nævner ganske vist flere gange

de øvrige internationale aftaler, som intervenienterne har henvist til, men har netop ikke gjort dem til genstand for spørgsmål om gyldighed til Domstolen.

A — Om anvendelse af internationale aftaler og om principper i folkeretlig sædvaneret som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101 (første spørgsmål)

47. I forbindelse med det første spørgsmål skal jeg nærmere behandle det grundlæggende problem, hvorvidt og i hvilket omfang de internationale aftaler og principper i den folkeretlige sædvaneret, som den forelæggende ret henviser til, overhovedet kan anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101, nærmere bestemt med hensyn til søgsmål for nationale domstole, der er anlagt af fysiske eller juridiske personer — i det foreliggende tilfælde af virksomheder og virksomhedssammenslutninger.

32 — Der er navnlig tale om Euro-Middelhavs-aftalen om luftfart mellem Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater på den ene side og Kongeriget Marokko på den anden, undertegnet i Bruxelles den 12.12.2006, EUT L 386, s. 57, samt om lufttransportaftalen mellem Canada og Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater, undertegnet i Bruxelles den 17.12.2009, EUT 2010 L 207, s. 32. Derudover henviser intervenienterne til nogle bilaterale lufttransportaftaler indgået af medlemsstater.

33 — Dom af 7.9.1999, sag C-61/98, De Haan, Sml. I, s. 5003, præmis 47.

34 — I denne retning dom af 5.10.1988, sag 247/86, Alsatel, Sml. s. 5987, præmis 7 og 8, og af 11.11.1997, sag C-408/95, Eurotunnel m.fl., Sml. I, s. 6315, præmis 34, sammenholdt med præmis 33.

48. Jeg skal først behandle dette emne med henblik på de tre omhandlede internationale aftaler, Chicagokonventionen, Kyotoprotokollen og aftalen om »Open Skies« (jf. herom nedenfor, afsnit 1), og derefter med hensyn til de forskellige principper i den folkeretlige sædvaneret, som den forelæggende ret har henvist til (jf. herom nedenfor, afsnit 2).

1. Internationale aftaler [første spørgsmål, litra e)-g)]

a) Chicagokonventionen [første spørgsmål, litra e)]

49. Internationale aftaler kan ifølge fast retspraksis anvendes som kriterium for prøvelsen af, om retsakter vedtaget af EU-institutioner er gyldige, når to betingelser er opfyldt³⁵:

— For det første skal Den Europæiske Union være bundet af den pågældende aftale.

— For det andet må den pågældende aftales art og opbygning ikke være til hinder for en sådan prøvelse af gyldigheden, og dens bestemmelser skal i øvrigt, henset til deres indhold, fremstå som ubetingede og tilstrækkeligt præcise.

50. Herved skal der i forbindelse med det andet kriterium tages hensyn til, at spørgsmålet om gyldigheden af direktiv 2008/101 i det foreliggende tilfælde stilles i et søgsmål, der er anlagt af individer, nemlig af flere flyselskaber og en sammenslutning af flyselskaber³⁶.

35 — Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 43-45. Jf. desuden dommen i sagen International Fruit Company, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 7 og 8, af 9.10.2001, sag C-377/98, Nederlandene mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 7079, præmis 52, samt — specielt om det andet kriterium — dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 39, og af 9.9.2008, forenede sager C-120/06 P og C-121/06 P, FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen, herefter »FIAMM«, Sml. I, s. 6513, præmis 110.

36 — I denne retning også dommen i sagen International Fruit Company, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 8.

51. Hvad for det første angår Chicagokonventionen er allerede det første af de ovenfor i punkt 49 anførte kriterier ikke opfyldt.

52. Den Europæiske Union er nemlig ikke part i Chicagokonventionen. Dermed kan denne konvention formelt set hverken være forbundet med rettigheder eller pligter for Unionen.

53. Alligevel mener sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, at Unionen materielt set er bundet af Chicagokonventionen. I så henseende støtter de sig for det første på artikel 351 TEUF og henviser for det andet til teorien om funktionel efterfølgelse.

54. Disse to argumenter er dog ikke overbevisende.

i) Ingen binding af Chicagokonventionen i henhold til artikel 351 TEUF

55. Det følger af artikel 351, stk. 1, TEUF (tidligere artikel 307 EF respektive artikel 234 EØF-traktaten), at medlemsstaternes rettigheder og pligter over for tredjelande ikke

berøres af bestemmelserne i traktaterne (dvs. af TEU og TEUF³⁷), såfremt og i det omfang, der er tale om rettigheder og pligter, der følger af internationale aftaler, der tidsmæssigt er indgået, før den pågældende medlemsstat blev medlem af Den Europæiske Union.

af ældre konventioner⁴⁰. Der gælder det også i folkeretten anerkendte princip om traktaters relative virkning, hvorefter traktater hverken skaber rettigheder eller forpligtelser for tredjeparter (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)⁴¹.

56. Idet EU-retten i henhold til artikel 351, stk. 1, TEUF anerkender sådanne ældre konventioner, som medlemsstaterne har indgået med tredjelande, efterlever den det folkeretlige princip *pacta sunt servanda*³⁸. Med andre ord forpligter medlemskabet af Den Europæiske Union ikke medlemsstaterne til aftalebrud over for tredjelande med hensyn til tidligere indgåede internationale aftaler³⁹.

57. EU-institutionerne er på deres side dog alene forpligtet til ikke at hindre opfyldelsen af de pligter, der påhviler medlemsstaterne i henhold til sådanne ældre konventioner, mens Unionen ikke selv forpligtes folkeretligt over for de berørte tredjelande på grundlag

58. At Unionen ikke er bundet af medlemsstaternes ældre konventioner bliver i øvrigt åbenbart, når man sammenholder de regler i artikel 351 TEUF, der gælder for ældre konventioner, med dem, der i henhold til artikel 216 TEUF gælder for de konventioner, som Unionen selv har indgået. Mens nemlig artikel 216, stk. 2, TEUF bestemmer, at de aftaler, som Unionen selv indgår, er bindende for EU-institutionerne og medlemsstaterne, findes der ingen tilsvarende bestemmelse vedrørende medlemsstaternes ældre konventioner i artikel 351 TEUF. Der følger af artikel 351 TEUF ingen forpligtelse for EU-institutionerne til at tilpasse EU-retten til medlemsstaternes ældre konventioner. Derimod er medlemsstaterne i henhold til artikel 351, stk. 2, TEUF forpligtet til at bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne eventuelle uoverensstemmelser mellem deres ældre konventioner og Unionens basistraktater (TEU og TEUF). Om nødvendigt må medlemsstaterne tilpasse

37 — Jf. artikel 1, stk. 3, første punktum, TEU og artikel 1, stk. 2, andet punktum, TEUF.

38 — Om princippet *pacta sunt servanda*, jf. artikel 26 og supplerende artikel 30, stk. 4, litra b), i Wienerkonventionen om traktatretten af 23.5.1969, *RTNU*, bind 1155, s. 331.

39 — I denne retning dom af 14.10.1980, sag 812/79, *Burgoa*, Sml. s. 2787, præmis 8, af 14.1.1997, sag C-124/95, *Centro-Com*, Sml. I, s. 81, præmis 56, af 4.7.2000, sag C-62/98, *Kommissionen mod Portugal*, Sml. I, s. 5171, præmis 44, af 18.11.2003, sag C-216/01, *Budejovický Budvar*, Sml. I, s. 13617, præmis 144 og 145, og af 19.11.2009, sag C-118/07, *Kommissionen mod Finland*, Sml. I, s. 10889, præmis 27.

40 — *Burgoa*-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 9.

41 — Dom af 25.2.2010, sag C-386/08, *Brita*, Sml. I, s. 1289, præmis 44.

eller opsigse deres ældre konventioner med tredjelande⁴².

59. Det følger således ikke af artikel 351 TEUF, at Unionen er bundet af Chicagokonventionen.

ii) Ingen binding af Chicagokonventionen ved funktionel efterfølgelse

60. Teorien om funktionel efterfølgelse kan heller ikke anvendes til at konstruere en situation, hvor Unionen er bundet af Chicagokonventionen.

61. Teorien om funktionel efterfølgelse går tilbage til Domstolens dom i sagen International Fruit Company. Heri fastslog Domstolen, at det daværende Europæiske Økonomiske Fællesskab var bundet af bestemmelserne i GATT 1947, selv om det formelt ikke var part i denne overenskomst, for så vidt som det på det pågældende område på grundlag af EØF-traktaten havde overtaget beføjelser, der tidligere var blevet udøvet af Fællesskabets medlemsstater⁴³.

62. Denne retspraksis vedrørende GATT kan dog ikke uden videre overføres på andre internationale aftaler⁴⁴. Navnlige passer den ikke på luftfartsområdet, som er relevant i den foreliggende sag.

63. For det første forholder det sig nemlig inden for luftfarten — modsat den af sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, fremførte opfattelse — således, at mange af medlemsstaternes beføjelser, men endnu ikke alle, er overgået til Unionen⁴⁵. I overensstemmelse hermed er der også indtil for ganske nylig indgået »blandede aftaler«, i hvilke også medlemsstaterne, foruden Unionen, deltager som parter⁴⁶.

64. For det andet er der ingen holdepunkter for at antage, at Den Europæiske Union respektive tidligere Det Europæiske Fællesskab i ICAO's regi optræder som efterfølger for dens/dets medlemsstater, og at en sådan optræden er blevet godkendt af de andre kontraherende parter i Chicagokonventionen, sådan som det var tilfældet i forbindelse

42 — Dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 49 og 52, og Budejovický Budvar-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 170.

43 — Dommen i sagen International Fruit Company, nævnt ovenfor i fodnote 30, navnlig præmis 18. Om teorien om funktionel efterfølgelse, jf. desuden dom af 22.10.2009, sag C-301/08, Bogiatzi, Sml. I, s. 10185, præmis 25, og af 4.5.2010, sag C-533/08, TNT Express Nederland, Sml. I, s. 4107, præmis 62.

44 — Dom af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 16, af 24.6.2008, sag C-188/07, Commune de Mesquer, Sml. I, s. 4501, præmis 85, og Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 48.

45 — I samme retning — med hensyn til Warszawakonventionen af 12.10.1929 om indførelse af visse ensartede regler om international luftbefordring — Bogiatzi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 32 og 33.

46 — Jf. i denne henseende f.eks. de i fodnote 32 nævnte lufttransportaftaler med Marokko og Canada.

med GATT 1947⁴⁷. Som det fremgår af sagen, har Unionen alene observatørstatus i ICAO og koordinerer forud for møder i ICAO's organer medlemsstaternes standpunkter, men den optræder ikke — i al fald ikke på nuværende tidspunkt — i stedet for medlemsstaterne i disse organer⁴⁸. Dette har sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, adspurgte under retsmødet for Domstolen medgivet.

denne konvention ikke anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101. Den omstændighed, at alle Unionens medlemsstater er kontraherende parter i Chicagokonventionen, kan imidlertid have konsekvenser ved fortolkningen af EU-rettens bestemmelser⁵⁰. Dette følger af det generelle princip om god tro, der også gælder i folkeretten, og som derudover har fundet et særligt udtryk i EU-retten i artikel 4, stk. 3, TEU⁵¹.

65. På denne baggrund kan der ikke antages at foreligge en funktionel efterfølgelse, på grundlag af hvilken Unionen i ICAO's regi har overtaget medlemsstaternes rolle og dermed selv — i materiel henseende — er bundet af Chicagokonventionen. Den blotte omstændighed, at alle medlemsstater i Den Europæiske Union er kontraherende stater i Chicagokonventionen, er i sig selv ikke tilstrækkelig til, at Unionen bindes af denne konvention⁴⁹.

b) Kyotoprotokollen og aftalen om »Open Skies« [første spørgsmål, litra f) og g)]

iii) Foreløbig konklusion

66. Da Den Europæiske Union således ikke er bundet af Chicagokonventionen, kan

67. For så vidt angår Kyotoprotokollen og aftalen om »Open Skies« er der ingen tvivl om, at Den Europæiske Union — tidligere Det Europæiske Fællesskab — som kontraherende part i disse to aftaler er bundet af dem (jf. også artikel 216, stk. 2, TEUF, sammenholdt med artikel 1, stk. 3, tredje punktum, TEU). Dermed er det første af de kriterier, der er nævnt ovenfor i punkt 49, opfyldt for begge aftalers vedkommende. Det står imidlertid tilbage at undersøge, om også det andet af disse kriterier er opfyldt, dvs. om Kyotoprotokollen og aftalen om »Open Skies« på grundlag af deres art og opbygning er egnede til at fungere som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af en EU-retsakt, og om de omhandlede

47 — Jf. i samme retning mit forslag til afgørelse af 20.11.2007 vedrørende Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, punkt 44.

48 — Jf. også Kommissionens kommentarer på dens websted, tilgængelige på engelsk på http://ec.europa.eu/transport/air/international_aviation/european_community_icao/european_community_icao_en.htm, senest set den 30.6.2011.

49 — I samme retning Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 49, og Bogiatzi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 33.

50 — Jf. i denne henseende mine bemærkninger nedenfor om tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål, punkt 161-236 i dette forslag til afgørelse.

51 — Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 52 in fine.

bestemmelser i disse aftaler, henset til deres indhold, fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise.

anvendes til en domstolsprøvelse af retsakter udstedt af EU-institutionerne.

i) Indledende bemærkning

68. Enhver international aftale, som Den Europæiske Union har indgået, er i folkeretlig forstand bindende for den i forhold til de andre kontraherende parter. Sådanne aftalers gyldighed internt i EU er imidlertid ikke et folkeretligt spørgsmål, men et EU-retligt. I sin faste praksis har Domstolen besvaret spørgsmålet således, at de af Unionen indgåede internationale aftaler fra deres ikrafttræden udgør en væsentlig (»integrerende«) bestanddel af Unionens retsorden⁵². Det følger desuden af artikel 216, stk. 2, TEUF, at disse aftaler er bindende for EU-institutionerne og medlemsstaterne. Der skal imidlertid sondres mellem en international aftales blotte gyldighed og spørgsmålet om dens bestemmelsers virkninger i en konkret retstv. Den enkelte aftales art og opbygning kan nemlig indebære, at dens bestemmelser internt i EU enten slet ikke eller kun i begrænset omfang kan

69. Virkningerne i Den Europæiske Union af bestemmelser i en aftale, som denne har indgået med tredjelande, kan ikke afgøres uden at tage de omhandlede bestemmelsers internationale oprindelse i betragtning. Hvis det i en aftale — hvilket ofte er tilfældet — ikke udtrykkeligt er reguleret, hvilke virkninger dens bestemmelser skal have i de kontraherende parters interne retsorden, påhviler det de kompetente retter ved fortolkning at vurdere dette⁵³, idet de bl.a. lægger aftalens ånd, struktur eller indhold til grund⁵⁴. Det tilkommer under alle omstændigheder Domstolen, idet den bl.a. støtter sig på ovennævnte kriterier, at afgøre, om bestemmelserne i en international aftale afføder en ret for Unionens borgere til ved domstolene at anfægte gyldigheden af en EU-retsakt⁵⁵.

70. Domstolen har således f.eks. med hensyn til WTO-bestemmelserne og

52 — Dom af 30.4.1974, sag 181/73, Haegeman, Sml. s. 449, præmis 5, dommen i sagen IATA og ELFAA, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 36, Brita-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 39, og dom af 8.3.2011, sag C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie, Sml. I, s. 1255, præmis 30.

53 — Dom af 26.10.1982, sag 104/81, Kupferberg, Sml. s. 3641, præmis 17, af 23.11.1999, sag C-149/96, Portugal mod Rådet, Sml. I, s. 8395, præmis 34, og FIAMM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 108.

54 — Dommen i sagen International Fruit Company, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 20, dom af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973, præmis 110, og FIAMM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 108 in fine. I samme retning Kupferberg-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 18.

55 — FIAMM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 109.

WTO-organernes beslutninger i fast praksis fastslået, at disse på grund af deres art og opbygning overhovedet ikke kan anvendes som kriterium for en prøvelse af EU-retsaktens gyldighed. I det væsentlige begrundet Domstolen dette med GATT's (respektive nu WTO-rettens) store »smidighed« (eller »fleksibilitet«, på fransk: »souplesse«), der tager sigte på forhandlingsløsninger og er baseret på tanken om gensidighed⁵⁶.

71. Helt generelt gælder endvidere, at en international aftale i søgsmål, der anlægges af individer (dvs. af fysiske eller juridiske personer), i reglen kun kan være kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-institutionernes retsakter, hvis den på grundlag af sin art og opbygning kan skabe rettigheder, som individer kan påberåbe sig ved domstolene⁵⁷.

56 — Jf. bl.a. dommen i sagen *International Fruit Company*, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 19-27, navnlig præmis 21, dommen i sagen *Tyskland mod Rådet*, nævnt ovenfor i fodnote 54, præmis 106-109, dom af 12.12.1995, sag C-469/93, *Chiquita Italia*, Sml. I, s. 4533, præmis 26-29, dommen i sagen *Portugal mod Rådet*, nævnt ovenfor i fodnote 53, navnlig præmis 47, domme af 30.9.2003, sag C-93/02 P, *Biret International mod Rådet*, Sml. I, s. 10497, navnlig præmis 52, og sag C-94/02 P, *Biret et Cie mod Rådet*, Sml. I, s. 10565, navnlig præmis 55, dom af 1.3.2005, sag C-377/02, *Van Parys*, Sml. I, s. 1465, navnlig præmis 39, samt *FIAMM*-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, navnlig præmis 111.

57 — Dommen i sagen *International Fruit Company*, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 8 og 19. Domstolen har truffet tilsvarende afgørelser, når det drejer sig om at undersøge, hvorvidt individer over for nationale organer eller nationale foranstaltninger kan påberåbe sig bestemmelser i internationale aftaler, som Den Europæiske Union har indgået. Jf. senest dom af 20.5.2010, sag C-160/09, *Ioannis Katsivardas - Nikolaos Tsitsikas*, Sml. I, s. 4591, præmis 45.

Med andre ord skal den pågældende internationale aftale berøre individets retsstilling⁵⁸.

72. Individets retsstilling er navnlig berørt, såfremt den pågældende i en international aftale gives selvstændige rettigheder og friheder⁵⁹, således som det f.eks. er tilfældet i mange af de associerings-, samarbejds- og partnerskabsaftaler, som Den Europæiske Union har indgået⁶⁰. Miljøbeskyttelsesaftaler kan ligeledes indeholder bestemmelser, som enhver person, der berøres heraf, kan påberåbe sig for en domstol⁶¹.

73. Forklaringen på, at individer ved domstolene kun i begrænset omfang kan påberåbe sig

58 — Afhængigt af det konkrete tilfælde kræver dette synspunkt en mere eller mindre indgående undersøgelse. I dommen i sagen *IATA og ELFAA*, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 39, kunne det f.eks. som en selvfølge forudsættes, at Montrealkonventionen af 28.5.1999, konvention om indførelse af visse ensartede regler for international luftbefordring, EFT 2001 L 194, s. 39, *RTNU*, bind 2242, s. 369, kunne berøre individets retsstilling. De omhandlede bestemmelser i konventionen vedrørte nemlig enkeltpersoners civile retlige erstatningskrav over for luftfartsselskaber og disse selskabers begrænsning af det civile retlige erstatningsansvar.

59 — Jf. *Intertanko*-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 59.

60 — Jf. bl.a. dom af 31.1.1991, sag C-18/90, *Kziber*, Sml. I, s. 199, præmis 15-23, af 29.1.2002, sag C-162/00, *Pokrzepciowicz-Meyer*, Sml. I, s. 1049, præmis 19-30, og af 12.4.2005, sag C-265/03, *Stimutenkov*, Sml. I, s. 2579, præmis 22-29. I samme retning dom af 9.12.2010, forenede sager C-300/09 og C-301/09, *Toprak*, Sml. I, s. 12845. Allerede i dom af 30.9.1987, sag 12/86, *Demirel*, Sml. s. 3719, præmis 14, anerkendte Domstolen, at sådanne konventioner principielt er umiddelbart anvendelige.

61 — Dom af 15.7.2004, sag C-213/03, *Pêcheurs de l'étang de Berre*, Sml. I, s. 7357, navnlig præmis 47.

internationale aftaler som gyldighedskriterium, skal findes i formålet med beskyttelsen af individuelle rettigheder. Individer nyder i EU-retten — som i de fleste nationale retsordener — i reglen retsbeskyttelse i det omfang, dette er påkrævet med henblik på beskyttelse af de rettigheder eller friheder, der er sikret dem (jf. også artikel 47, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder).

74. På denne baggrund skal aftalen om »Open Skies« og Kyotoprotokollen også i dette tilfælde indledningsvis undersøges med henblik på, om de på grundlag af deres art og opbygning kan skabe rettigheder, som individer kan påberåbe sig ved domstolene. Dernæst skal det konkret vurderes, om de pågældende bestemmelser i disse aftaler hver især, henset til deres indhold, fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise til, at individer kan påberåbe sig dem ved domstolene.

75. Det kan i den foreliggende sag lades ubesvaret, om der burde gælde andre og gunstigere betingelser, såfremt søgsmålsberettigede med fortrinsstilling som omhandlet i artikel 263, stk. 2, TEUF ved et annullationssøgsmål ville gøre gældende, at en EU-retsakt er

i strid med deres folkeretlige forpligtelser⁶². Herfor taler, at folkeretten udgør en del af Unionens retsorden, og at søgsmålsberettigede med fortrinsstilling i det system, som Den Europæiske Unions basistraktater udgør, ikke kun kan gøre deres egne rettigheder gældende, men i almenhedens interesse bidrager til efterprøvelse af lovligheden af retsakter vedtaget af EU-institutionerne. Dertil hører i henhold til artikel 3, stk. 5, andet punktum, TEU ikke mindst også at sikre nøje overholdelse af folkeretten.

ii) Kyotoprotokollen [første spørgsmål, litra g)]

76. Hvad for det første angår Kyotoprotokollen, er det kun sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, der mener, at den kan finde umiddelbar anvendelse. De organer og regeringer, der har deltaget i den præjudicielle procedure, samt miljøbeskyttelsesorganisationerne har indtaget det stik modsatte standpunkt og antager, at Kyotoprotokollen ikke kan anvendes som

62 — I dommen i sagen Nederlandene mod Parlamentet og Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 35, navnlig præmis 53 og 54, anså Domstolen det for lovligt, at en medlemsstat anlægger sag og anfægter et direktiv, der er vedtaget af Parlamentet og Rådet, og i den forbindelse gør gældende, at dette direktiv tilsidesætter Det Europæiske Fællesskabs (nu Den Europæiske Unions) folkeretlige forpligtelser i henhold til konventionen om biologisk mangfoldighed, undertegnet i Rio de Janeiro den 5.6.1992, EFT 1993 L 309, s. 3, *RTNU*, bind 1760, s. 79. Domstolen anså udtrykkeligt en sådan prøvelse for mulig, selv om den pågældende konvention indeholder bestemmelser uden umiddelbar virkning i den forstand, at de ikke skaber rettigheder, som borgere kan gøre gældende direkte ved retterne, præmis 54 i nævnte dom.

kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101.

af ændringer i jordens klima⁶⁵, behovet for, at alle lande samarbejder videst muligt⁶⁶, og landenes suverænitæt i internationalt samarbejde om imødegåelse af klimaændringer⁶⁷.

77. Det sidstnævnte synspunkt er overbevisende. Hverken Kyotoprotokollens art og opbygning i almindelighed eller den konkrete omhandlede bestemmelse (protokollens artikel 2, stk. 2) i særdeleshed indeholder nogen som helst holdepunkter, der taler for en umiddelbar anvendelse.

— Kyotoprotokollens art og opbygning

78. Kyotoprotokollen er en aftale om miljøbeskyttelse og klimaændringer. Den er en tilfølgingsprotokol til De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer⁶³.

79. Endemålet for rammekonventionen og alle hertil knyttede retlige instrumenter er en stabilisering af koncentrationerne af drivhusgasser i atmosfæren på et niveau, som kan forhindre farlig antropogen indvirkning på klimasystemet⁶⁴. I rammekonventionens præambel understreges bl.a. menneskehedens bekymring over de skadelige virkninger

80. Allerede denne målsætning og den samlede kontekst, hvori Kyotoprotokollen indgår, peger i retning af, at der er tale om et retligt instrument, der alene regulerer relationerne mellem stater⁶⁸ og de forpligtelser, der påhviler dem hver især inden for rammerne af de globale bestræbelser med henblik på at modvirke klimaændringer.

81. Dette indtryk bekræftes, når man retter blikket imod de vigtigste enkeltbestemmelser i selve Kyotoprotokollen. Her anføres der med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling en ikke-udtømmende opregning af politikker og foranstaltninger, som visse kontraherende parter (i det væsentlige industrilandene) skal realisere ved opfyldelse af deres emissionsbegrænsninger og reduktionsforpligtelser⁶⁹.

63 — Jf. f.eks. Kyotoprotokollens overskrift og første betragtning i præambelen.

64 — Jf. artikel 2 i rammekonventionen, hvortil der henvises i Kyotoprotokollens præambel.

65 — Første betragtning i rammekonventionens præambel.

66 — Sjette betragtning i rammekonventionens præambel.

67 — Niende betragtning i rammekonventionens præambel.

68 — Foruden stater kan regionale organisationer for økonomisk integration være kontraherende part i Kyotoprotokollen. Dette gælder navnlig for Den Europæiske Union (tidligere Det Europæiske Fællesskab).

69 — Artikel 2, stk. 1 og stk. 3, sammenholdt med artikel 3 i Kyotoprotokollen.

82. Man kan sikkert gå ud fra, at de foranstaltninger til modvirkning af klimaændringer, som de kontraherende parter har iværksat inden for rammerne af Kyotoprotokollen, på mellemlang og lang sigt vil have positive virkninger for enkeltpersoner, fordi de er med til at bevare miljøet. Det er lige så sandsynligt, at en del af de iværksatte foranstaltninger vil være forbundet med ulemper for enkeltpersoner. Men sådanne virkninger er alene af indirekte karakter. Hverken rammekonventionen eller Kyotoprotokollen indeholder konkrete bestemmelser, der direkte kan berøre individets retsstilling. I disse retlige instrumenter finder man ikke mere end nogle generelle henvisninger til »menneskeheden« og »menneskelige«⁷⁰.

83. Alt dette taler imod den antagelse, at individer ved domstolene kan påberåbe sig Kyotoprotokollen, ikke mindst når de er hjemmehørende i stater, der ikke har ratificeret denne protokol⁷¹.

84. Dertil kommer, at de i Kyotoprotokollen aftalte forpligtelser med hensyn til emissionsbegrænsning og -reduktion ganske vist er gjort målelige, men indrømmer de kontraherende parter en stor skønsmargen med hensyn til, hvilke politikker og foranstaltninger der konkret skal gennemføres, i overensstemmelse

med deres nationale forhold⁷². Kyotoprotokollens forpligtelser skal alle uden undtagelse gennemføres i national ret og er i øvrigt heller ikke tilstrækkeligt præcise til, at de kan have umiddelbare virkninger til fordel eller ulempe for individer⁷³.

— Kyotoprotokollens artikel 2, stk. 2

85. Den konkrete bestemmelse i Kyotoprotokollens artikel 2, stk. 2, som den forelæggende ret har henvist til, er i fuld overensstemmelse med det generelle indtryk, der er beskrevet ovenfor. De kontraherende parter aftaler heri (for så vidt det er af interesse for den foreliggende sag) gennem samarbejde i ICAO at søge at begrænse og reducere emissionerne af visse drivhusgasser, der stammer fra brændsel til luftfart.

86. Den pågældende bestemmelse regulerer således alene visse aspekter af retsforholdet

70 — Jf. bl.a. første, anden og syvende betragtning i rammekonventionens præambel.

71 — Sagsøgerne i hovedsagen har hjemsted i USA, en stat, der ikke har ratificeret Kyotoprotokollen.

72 — Jf. navnlig formuleringen i Kyotoprotokollens artikel 2, stk. 1, litra a), hvorefter hver kontraherende part, der er anført i rammekonventionens bilag 1, skal »gennemføre og/eller opstille politikker og foranstaltninger i overensstemmelse med sine nationale forhold, såsom«.

73 — I denne retning f.eks. Demirel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 60, præmis 14, dommen i sagen Pêcheurs de l'étang de Berre, nævnt ovenfor i fodnote 61, præmis 39, og Lesoochranárske zoskupenie-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 44. Herefter må en bestemmelse i en aftale indgået af Unionen med et tredjeland anses for umiddelbart anvendelig, når den indeholder en klar og præcis forpligtelse, hvis opfyldelse og retsvirkninger ikke er betinget af, at der udstedes yderligere retsakter.

mellem Kyoto-protokollens kontraherende parter. Den beskriver de organisatoriske rammer, inden for hvilke de kontraherende parter ønsker at samarbejde med henblik på begrænsning eller reduktion af emissionen af visse drivhusgasser hidrørende fra luftfarten. Individens retsstilling berøres imidlertid ikke heraf. Navnlige har den i Kyoto-protokollens artikel 2, stk. 2, anførte fremgangsmåde — de kontraherende parters samarbejde i ICAO's regi — ikke karakter af en proceduremæssig garanti, som har til formål, eller blot er egnet til, at beskytte nogen som helst individuelle rettigheder eller interesser.

87. I overensstemmelse hermed kan individer ved domstolene ikke påberåbe sig Kyoto-protokollens artikel 2, stk. 2, og denne bestemmelse kan derfor ikke anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101 i den foreliggende sag.

iii) Aftalen om »Open Skies« [første spørgsmål, litra f)]

88. Hvad dernæst angår aftalen om »Open Skies«, mener de fleste af de institutioner og regeringer, der har deltaget i den præjudicielle procedure, at den helt generelt ikke kan berøre individens retsstilling. Kommissionen og den franske regering anerkender dog principielt, at fysiske og juridiske personer

ved domstolene kan påberåbe sig aftalen om »Open Skies«⁷⁴.

89. Jeg tilslutter mig sidstnævnte opfattelse. Den stemmer i højere grad overens både med arten og opbygningen af aftalen om »Open Skies« og med de forskellige omhandlede bestemmelser i denne aftale.

— Arten og opbygningen af aftalen om »Open Skies«

90. Der er sikkert enkelte formuleringer i aftalen om »Open Skies«, der kan fortolkes således, at denne lufttransportaftale regulerer forholdet mellem de kontraherende parter, dvs. mellem Den Europæiske Union — tidligere Det Europæiske Fællesskab — og medlemsstaterne på den ene side og USA på den anden side⁷⁵.

74 — Nærmere betegnet kan alle de bestemmelser i aftalen om »Open Skies«, som den forelæggende ret har henvist til, efter Kommissionens opfattelse anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101, hvormod den franske regering kun anerkender aftalens artikel 7 og artikel 11, stk. 2, som bedømmelseskriterium, men ikke aftalens artikel 15, stk. 3.

75 — Jf. f.eks. artikel 3, stk. 1 (»Hver af parterne tilstår den anden parts luftfartsselskaber følgende rettigheder med henblik på gennemførelse af international lufttransport: [...]«), artikel 3, stk. 4 (»Hver af parterne tillader ethvert luftfartsselskab at fastsætte frekvens og kapacitet af den internationale lufttransport, som det udbyder [...]«) eller artikel 11, stk. 7, i aftalen om »Open Skies« (»En part kan på sine luftfartsselskabers vegne anmode om bistand fra den anden part [...]«).

91. En lang række andre formuleringer i aftalen om »Open Skies« henviser dog målrettet til individers rettigheder og pligter, især nævnes luftfartsselskaber og andre udbydere af tjenesteydelser direkte⁷⁶. Til dels fastsættes der i aftalen endog rettigheder for »enhver«⁷⁷. Sådanne formuleringer lader formode, at aftalen om »Open Skies« i det mindste også vedrører individers retsstilling, navnlig virksomheders.

92. Dette indtryk bestyrkes, når man inddrager præambelen til aftalen om »Open Skies« i overvejelserne. Her er der tale om »markeds-konkurrence mellem luftfartsselskaber«, der »med mindst mulig indgriben og regulering fra det offentliges side« skal fremmes⁷⁸, styrkes⁷⁹ og beskyttes mod negative virkninger

som følge af statsstøtte⁸⁰. Den formulerer som hensigt »at åbne adgangen til markederne«⁸¹ og udtrykker ønske om »at gøre det muligt for luftfartsselskaber at tilbyde rejsende og befragtere konkurrencedygtige priser og ydelser på åbne markeder«⁸². Desuden skal luftfartsselskabernes adgang til de globale kapitalmarkeder forbedres⁸³. Det drejer sig således om gennemførelsen af klassiske økonomiske friheder. Sådanne målsætninger er karakteristiske for internationale aftaler, hvis indhold ikke blot regulerer forholdet mellem de kontraherende parter, men derudover også inddrager enkelte erhvervsdrivendes retsstilling. Individets rolle i aftalen om »Open Skies« er desuden særlig iøjnefaldende i alle de passager, hvor der er tale om (luftfarts-)selskaber, passagerer, rejsende, befragtere, forbrugere eller endog om ansatte og arbejdskraft⁸⁴.

93. Intertanko-dommen⁸⁵, som flere institutioner og regeringer har henvist til i deres indlæg for Domstolen, taler ikke imod den antagelse, at aftalen om »Open Skies« berører individers retsstilling.

76 — Jf. f.eks. artikel 3, stk. 2 (»Et luftfartsselskab kan for alle flyvninger frit vælge at: [...]«), artikel 3, stk. 5 (»Ethvert luftfartsselskab kan deltage i den internationale lufttransport, uden at der gælder nogen begrænsning for så vidt angår [...]«), artikel 10, stk. 1 (»En parts luftfartsselskaber har ret til at etablere repræsentationer på den anden parts territorium for at markedsføre og sælge lufttransportydelser og varetage de dertil knyttede aktiviteter.«), artikel 10, stk. 4, andet punktum (»Luftfartsselskaberne har ret til at sælge [...] sådanne ydelser [...]«), artikel 10, stk. 5 (»Hvert luftfartsselskab har ret til [...] at omvæksle indtægter, [...], og overføre dem [...] til hjemlandet.«) og artikel 17, stk. 1, i aftalen om »Open Skies« (»De, der handler med edb-reservationssystemer [...] har ret til [...]«).

77 — Artikel 10, stk. 4, andet punktum, i aftalen om »Open Skies«: »[...] enhver person skal frit kunne [...]«.

78 — Første betragtning i præambelen til aftalen om »Open Skies«.

79 — 11. betragtning i præambelen til aftalen om »Open Skies«.

80 — Syvende betragtning i præambelen til aftalen om »Open Skies«.

81 — Tiende betragtning i præambelen til aftalen om »Open Skies«.

82 — Tredje betragtning i præambelen til aftalen om »Open Skies«.

83 — 11. betragtning i præambelen til aftalen om »Open Skies«.

84 — Jf. herom anden, tredje, fjerde og tiende betragtning i præambelen til aftalen om »Open Skies«.

85 — Nævnt ovenfor i fodnote 29.

94. Det må medgives, at Domstolen i Intertanko-sagen på grundlag af arten og opbygningen af De Forenede Nationers havretskonvention⁸⁶ konkluderede, at den pågældende konvention alene regulerer forholdet mellem de kontraherende parter og ikke tillægger borgerne selvstændige rettigheder og friheder, selv om der i konventionen visse steder er tale om skibe og deres rettigheder⁸⁷. Rettighederne og pligterne for dem, der sejler gennem havområder med skib, betragtes i Intertanko-dommen alene som afledte af de pågældende flagstaters rettigheder og pligter⁸⁸.

95. Den omstændighed, at udøvelsen af bestemte rettigheder på grundlag af en international konvention er knyttet til den pågældende persons nationalitet eller til skibets eller flyets nationalitet, er dog ikke i sig selv et argument imod den umiddelbare anvendelse af den pågældende bestemmelse i konventionen⁸⁹. Det alment anerkendte princip om, at hver stat fastsætter de betingelser, på hvilke

den tildeler sit statsborgerskab eller sin nationalitet⁹⁰, udelukker isoleret betragtet ikke, at de bestemmelser i internationale aftaler, der tager udgangspunkt i statsborgerskab eller nationalitet, berører individets retsstilling.

96. De allerfleste internationale aftaler fastsætter alene rettigheder og pligter for de kontraherende parters statsborgere. Såfremt man alene på grund af, at der tages udgangspunkt i nationaliteten, ville udelukke en umiddelbar anvendelse, ville det næppe nogensinde være muligt for individer at påberåbe sig de pågældende bestemmelser i internationale aftaler.

97. Selv hvis man ser bort herfra, kan den løsning vedrørende havretskonventionen, der blev fundet i Intertanko-dommen, dog ikke uden videre overføres på aftalen om »Open Skies«, der er relevant i den foreliggende sag.

86 — De Forenede Nationers havretskonvention, EFT 1998 L 179, s. 3, *RTNU*, bind 1833, s. 397, blev indgået den 10.12.1982 i Montego Bay og trådte i kraft den 16.11.1994. Ved Rådets afgørelse 98/392/EF af 23.3.1998, EFT L 179, s. 1, blev den godkendt på det daværende Europæiske Fællesskabs vegne.

87 — Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, navnlig præmis 58, 59, 61 og 64.

88 — Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, navnlig præmis 60-62.

89 — I denne retning f.eks. Den Internationale Domstols dom af 27.6.2001 i *LaGrand*-sagen, Tyskland mod Amerikas Forenede Stater, *C.I.J. Recueil* 2001, s. 466, præmis 77 in fine, sammenholdt med præmis 76 in fine, hvori det anføres, at artikel 36, stk. 1, i Wienerkonventionen af 24.4.1963 om konsulære forbindelser, *RTNU*, bind 596, s. 261, hjemler umistelige individuelle rettigheder i modsætning til individuelle rettigheder, der er afledt af staternes rettigheder (på fransk »des droits intransgressibles de l'individu par opposition à des droits individuels dérivés des droits des États«; på engelsk »immutable individual rights, as opposed to individual rights derivative of the rights of States«).

98. Havretskonventionen lægger nemlig langt større vægt på reguleringen af forholdet mellem stater og tillægger individets retsstilling langt mindre vægt, end det er tilfældet i aftalen om »Open Skies«. Det primære formål med havretskonventionen er nemlig at kodificere, præcisere og udvikle almindelige folkeretlige regler om det internationale samfunds fredelige samarbejde i forbindelse med efterforskning, anvendelse og udnyttelse af

90 — Dette princip kommer f.eks. til udtryk i Chicagokonventionens artikel 19 og i havretskonventionens artikel 91, stk. 1.

farvande⁹¹ samt at skabe en »forfatning for havene«⁹². Konventionen har til formål at sikre en rimelig balance mellem kyststaternes interesser og flagstaternes interesser, som kan være modstridende. I den forbindelse skal de kontraherende parter fastlægge de materielle og territoriale grænser for deres respektive højhedsrettigheder⁹³.

99. I aftalen om »Open Skies« er henvisningerne til individer og virksomheder langt mere markante end i havretskonventionen⁹⁴, og præambelen til aftalen om »Open Skies« understreger, som allerede nævnt⁹⁵, individers og virksomheders betydning med en tydelighed, der ikke finder noget modstykke i havretskonventionen.

100. I øvrigt udelukker eksistensen af et Fælles Udvalg og en voldgiftsprocedure til bilæggelse af tvister mellem de kontraherende parter vedrørende anvendelsen og fortolkningen af aftalen om »Open Skies«⁹⁶ heller ikke nødvendigvis, at denne aftale kan berøre individers retsstilling, og at nogle af dens bestemmelser kan finde direkte anvendelse

91 — Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 55. Jf. også fjerde betragtning til havretskonventionen.

92 — Jf. herom mit forslag til afgørelse i Intertanko-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, punkt 55.

93 — Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 58.

94 — Jf. herom ovenfor, punkt 91 i dette forslag til afgørelse.

95 — Jf. herom ovenfor, punkt 92 i dette forslag til afgørelse.

96 — Artikel 18 og 19 i aftalen om »Open Skies«.

over for fysiske eller juridiske personer⁹⁷. For i modsætning til WTO-retten er aftalen om »Open Skies« i langt mindre grad baseret på forhandlinger mellem de kontraherende parter og på gensidighed⁹⁸.

101. Sammenfattende er det derfor min opfattelse, at aftalen om »Open Skies« på grundlag af sin art og opbygning kan berøre individers retsstilling. I søgsmål, der er anlagt af individer, kan aftalen om »Open Skies« dermed i princippet anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter.

— Ubetinget og tilstrækkeligt præcist indhold af de omhandlede bestemmelser i aftalen om »Open Skies«

102. Den forelæggende ret stiller nærmere bestemt spørgsmål vedrørende tre bestemmelser i aftalen om »Open Skies«: artikel 7, artikel 11, stk. 2, litra c), og artikel 15, stk. 3.

97 — Sådanne bestemmelser om Fælles Udvalg og voldgiftsprocedurer findes også i en lang række associerings-, samarbejds- og partnerskabsaftaler, som Den Europæiske Union har indgået med tredjelande, uden at Domstolen har anset dette for et argument imod den direkte anvendelse af den pågældende aftale. Jf. bl.a. artikel 22-25 i aftalen af 12.9.1963 om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet, Samling af Aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber, bind 3, s. 541, samt artikel 105 og 111 i aftalen af 2.5.1992 om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, EFT 1994 L 1, s. 3.

98 — I overensstemmelse hermed har ingen af deltagerne i denne præjudicielle procedure støttet sig på bestemmelserne om det Fælles Udvalg eller voldgiftsproceduren med henblik på at afvise, at aftalen om Open Skies kan anvendes direkte.

For hver enkelt af disse bestemmelser skal det undersøges særskilt, om deres indhold er ubetinget og tilstrækkeligt præcist til at kunne anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101.

skal overholdes. Dermed opfylder artikel 7 i aftalen om »Open Skies« alle betingelser for en direkte anvendelse.

103. Artikel 7 i aftalen om »Open Skies« bestemmer, forenklet sagt, at en kontraherende parts love og forskrifter på dens territorium også gælder for den anden parts luftfartøjer samt for disses passagerer, besætninger og fragt og skal efterkommes af disse. Denne bestemmelses indhold er ubetinget, og navnlig forudsætter den ikke nødvendigvis, at de kontraherende parter i aftalen om »Open Skies« skal vedtage nogen som helst interne gennemførelsesbestemmelser. Desuden er bestemmelsen tilstrækkeligt præcis til, at der af denne kan udledes konkrete retsvirkninger for individer. Den beskriver detaljere, hvilken type love og forskrifter det drejer sig om⁹⁹, og den fastsætter kategorisk, at disse love og forskrifter »finder anvendelse« og »skal overholdes«. Endvidere nævner den konkret individer som adressater, for det er navnlig luftfartsselskaberne (eller deres luftfartøjer og fragt) samt passagererne og besætningerne, på hvilke de pågældende love og forskrifter finder anvendelse, og af hvilke de

104. Artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies« fastsætter, forenklet sagt, en fritagelse for skatter, told og afgifter for så vidt angår beholdninger af brændstof, smørelolie og teknisk forråd til brug i de kontraherende parters luftfartøjer. Denne bestemmelse er ganske vist tilstrækkeligt præcis til at kunne anvendes direkte, da den konkret fastsætter, hvilke genstande der er omfattet af fritagelsen, og hvad de fritages for. Imidlertid er bestemmelsen ikke ubetinget, for den indrømmer kun fritagelsen »på et gensidigt grundlag«¹⁰⁰. Hvorvidt et luftfartsselskab på et bestemt tidspunkt kan påberåbe sig fritagelsen over for en bestemt part i aftalen om »Open Skies«, afhænger således af den anden parts adfærd på det pågældende tidspunkt. Et amerikansk luftfartsselskab kan kun gøre den i aftalen om »Open Skies« fastsatte fritagelse gældende over for en europæisk myndighed, såfremt og i det omfang myndighederne i den stat, hvor selskabet selv er etableret, på det pågældende tidspunkt indrømmer tilsvarende fritagelser. Set i lyset af denne betingelse er betingelserne for en direkte anvendelse af

99 — Det drejer sig om love og forskrifter vedrørende ankomst og afgang samt vedrørende drift og navigation af luftfartøjer, artikel 7, stk. 1 og stk. 2, i aftalen om »Open Skies«. Dertil kommer forskrifter vedrørende indrejse, klarering, indvandring, pas, told og karantæne samt bestemmelser for post, artikel 7, stk. 2, i aftalen om »Open Skies«.

100 — I dommen i sagen International Fruit Company, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 21, anså Domstolen gensidighedsprincippet i præambelen til GATT 1947 (»på grundlag af gensidighed og til fælles fordel«) for et af flere indici, der talte imod en umiddelbar anvendelse af overenskomstens bestemmelser.

artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies« ikke opfyldt.

105. Artikel 15, stk. 3, første punktum, i aftalen om »Open Skies« bestemmer, at når der indføres miljøforanstaltninger, skal de følge miljøstandarderne for luftfart, som er fastsat af ICAO, »undtagen hvor der er givet underretning om forskelle«. Denne bestemmelse forekommer hverken ubetinget eller tilstrækkeligt præcis til at kunne anvendes direkte. Den henviser i sidste sætningsled (»undtagen [...]«) til ICAO's ret og regulerer ikke selv, under hvilke betingelser der må afviges fra ICAO's miljøstandarder. Jeg kan heller ikke se, at denne bestemmelse overhovedet kan berøre individers retsstilling. Det drejer sig om »indførelsen« af miljøstandarder, der sker af hensyn til almenheden, men derimod ikke om anvendelsen heraf over for luftfartsselskaber.

106. I artikel 15, stk. 3, andet punktum, i aftalen om »Open Skies« forpligter de kontraherende parter sig til at anvende miljøforanstaltninger, som påvirker luftfartsydelse, i overensstemmelse med artikel 2 og artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies«. Denne bestemmelse vedrører, i modsætning til artikel 15, stk. 3, første punktum, specielt anvendelsen af miljøforanstaltninger over for

luftfartsselskaber og kan altså konkret påvirke deres retsstilling. Indholdsmæssigt siger den, at miljøforanstaltninger skal anvendes i overensstemmelse med princippet om rimelig og lige adgang for luftfartsselskaber (artikel 2 i aftalen om »Open Skies«). Desuden skal navnlig luftfartsselskabernes ret til at fastsætte frekvens og kapacitet af den internationale lufttransport, som de udbyder på grundlag af kommercielle markedsovervejelser, beskyttes (artikel 3, stk. 4, første punktum, i aftalen om »Open Skies«). Endvidere skal der anvendes ensartede vilkår, som er i overensstemmelse med Chicagokonventionens (»ICAO-konventionen«) artikel 15 (artikel 3, stk. 4, andet punktum, i aftalen om »Open Skies«). Alle disse krav har i sidste ende det til fælles, at miljøforanstaltninger over for luftfartsselskaber skal anvendes uden forskelsbehandling og ikke må påvirke luftfartsselskabernes muligheder i den indbyrdes konkurrence i negativ retning. Sådanne krav er ubetingede og tilstrækkeligt præcise. I lighed med de forbud mod forskelsbehandling, der kendes fra associerings-, samarbejds- og partnerskabsaftaler og i lighed med de konkurrenceprincipper, der gælder på det europæiske indre marked,¹⁰¹ kan de anvendes direkte.

101 — Om forbuddene mod forskelsbehandling jf. den i fodnote 60 anførte retspraksis. For så vidt angår konkurrenceprincipperne er det anerkendt, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF kan anvendes direkte, jf. dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRT og Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, Sml. s. 51, præmis 15-17.

iv) Foreløbig konklusion

107. Dermed kan alene artikel 7 og artikel 15, stk. 3, andet punktum, i aftalen om »Open Skies« anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101 i den foreliggende sag.

2. Folkeretlig sædvaneret [første spørgsmål, litra a)-d)]

108. At Den Europæiske Union ud over de internationale aftaler, der er gældende for den, også er bundet af den folkeretlige sædvaneret, er almindeligt anerkendt¹⁰² og bekræftes af artikel 3, stk. 5, andet punktum, TEU (»nøje overholdelse og udvikling af folkeretten«). De pågældende principper i den folkeretlige sædvaneret er en del af EU's retsorden¹⁰³.

109. Af Unionens retsinstansters hidtidige retspraksis kan dog ikke udledes klare kriterier, hvorefter det kan bedømmes, om og

i hvilket omfang et princip i den folkeretlige sædvaneret kan anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter. Så vidt jeg kan konstatere, har Unionens retsinstanser nemlig ikke tidligere haft anledning til at foretage en sådan gyldighedsprøvelse. Hidtil er den folkeretlige sædvaneret i retspraksis alene blevet anvendt til fortolkning af EU-retlige bestemmelser og principper¹⁰⁴.

110. Som mange af de institutioner og regeringer, der deltager i sagen, med rette har gjort gældende, bør disse kriterier ikke adskille sig fra dem, der anvendes, når det skal undersøges, hvorvidt og i hvilket omfang

102 — Domstolens dom i sagen Poulsen og Diva Navigation, præmis 9 og 10, Racke-dommen, præmis 45 og 46, og Intertanko-dommen, præmis 51, alle nævnt ovenfor i fodnote 29, samt Brita-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 40-42. Jf. endvidere Domstolens dom af 22.1.1997, sag T-115/94, Opel Austria mod Rådet, Sml. II, s. 39, navnlig præmis 90.

103 — Racke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 46.

104 — I dom af 24.11.1993, sag C-405/92, Mondiet, Sml. I, s. 6133, præmis 11-16, i dommen i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 11, sidste punktum, og i Brita-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, navnlig præmis 45, anvendes den folkeretlige sædvaneret alene til fortolkning af EU-institutionernes retsakter. I Racke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 47, fremhæves det, at spørgsmålet om forordningens gyldighed alene opstår indirekte, hvorimod sagsøgeren direkte støtter sig på en aftale mellem Fællesskabet og et tredjeland. I dommen i sagen Opel Austria mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 102, præmis 93 og 94, anvendte Domstolen det almindelige retsprincip om beskyttelse af den berettigede forventning, som anerkendes i EU-retten, hvilket princip efter Domstolens opfattelse svarede til princippet om god tro i den folkeretlige sædvaneret. Kriteriet for gyldigheden af den omtvistede EU-retsakt var dog i sidste ende en international konvention (EØS-aftalen) og ikke et alment princip i EU-retten eller i den folkeretlige sædvaneret, dommen i sagen Opel Austria mod Rådet, præmis 95.

EU-retsakters gyldighed kan bedømmes på grundlag af internationale aftaler.

af EU-retsakter, såfremt to betingelser er opfyldt:

111. For det første kan jeg ikke se nogen gyldig grund til, at individer skal kunne påberåbe sig principper i den folkeretlige sædvaneret på mindre strenge betingelser end dem, der gælder for påberåbelsen af internationale aftaler. Sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, har heller ikke fremført en sådan grund under sagen for Domstolen.

— For det første skal der findes et princip i den folkeretlige sædvaneret, som Den Europæiske Union er bundet af.

— For det andet må arten og opbygningen af det pågældende princip i den folkeretlige sædvaneret ikke være til hinder for en sådan prøvelse af gyldigheden, idet det pågældende princip desuden, henset til dets indhold, skal fremstå som ubetinget og tilstrækkeligt præcist.

112. For det andet er mange principper i den folkeretlige sædvaneret efterhånden kodificeret i internationale aftaler¹⁰⁵. Det ville ikke være hensigtsmæssigt, hvis der gjaldt forskellige betingelser med hensyn til individers mulighed for at påberåbe sig et og samme princip i folkeretten, afhængigt af, om det blev anvendt som princip i den folkeretlige sædvaneret eller som princip i en international aftale.

114. I forbindelse med det andet kriterium skal der atter tages hensyn til, at spørgsmålet om gyldigheden af direktiv 2008/101 i det foreliggende tilfælde er opstået i et søgsmål, der er anlagt af individer, nemlig af flere flyselskaber og en sammenslutning af flyselskaber¹⁰⁷.

a) Om eksistensen af de omhandlede principper i den folkeretlige sædvaneret og om Den Europæiske Unions binding heraf

113. I analogi med den ovenfor nævnte retspraksis vedrørende internationale aftaler¹⁰⁶ foreslår jeg derfor Domstolen, at principper i den folkeretlige sædvaneret alene anerkendes som kriterier for en prøvelse af gyldigheden

115. Som det bl.a. kan udledes af artikel 38, stk. 1, litra b), i den Internationale Domstols statut¹⁰⁸, er den folkeretlige sædvaneret en

105 — Jf. herom f.eks. dommen i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 10, Mondietdommen, nævnt ovenfor i fodnote 104, præmis 13, og Brita-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 40.

106 — Nævnt ovenfor i fodnote 35. Tilsvarende generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse fremsat den 4.12.1997 i Racke-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, navnlig punkt 84 og 85.

107 — Jf. herom ovenfor, punkt 50 i dette forslag til afgørelse. I samme retning generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Racke-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, navnlig punkt 71 og 84.

108 — Statutten for Den Internationale Domstol af 26.6.1945 er bestanddel af De Forenede Nationers charter, *RTNU*, bind 1, s. XVI.

af de alment anerkendte folkeretlige kilder. Dens opståen forudsætter en almen praksis udøvet af de pågældende folkeretssubjekter (*consuetudo*, objektivt element), der anerkendes som ret (*opinio iuris sive necessitatis*, subjektivt element)¹⁰⁹.

116. I multilaterale aftaler med et meget stort, repræsentativt antal folkeretssubjekter som parter er visse principper i den folkeretlige sædvaneret undertiden kodificeret. Dette gør sig navnlig gældende for nogle bestemmelser i Chicagokonventionen¹¹⁰, for konventionen om det åbne hav¹¹¹ og for dele af havretskonventionen¹¹².

109 — Jf. herom navnlig ICJ's dom af 20.2.1969 i sagerne om kontinentalsovkelzonen i Nordsøen, Tyskland mod Nederlandene og Tyskland mod Danmark, *C.I.J. Recueil* 1969, s. 4, præmis 77, og af 27.6.1986 i sagen om militære og paramilitære aktiviteter i og imod Nicaragua, Nicaragua mod Amerikas Forenede Stater, herefter »Nicaragua«, *C.I.J. Recueil* 1986, s. 14, præmis 183 og 184.

110 — Artikel 1 i Chicagokonventionen, der er relevant i denne sammenhæng, indeholder vendingen »de kontraherende stater anerkender, [...]«, hvilket tyder på en kodifikation af et forud eksisterende folkeretligt princip.

111 — Den internationale konvention om det åbne hav, der blev åbnet for undertegnelse i Genève den 29.4.1958 og trådte i kraft den 30.9.1962, *RTNU*, bind 450, s. 11 (82), henviser allerede i første betragtning i præambelen til de kontraherende parters ønske om »at kodificere de folkeretlige regler vedrørende det åbne hav«. Domstolen har også anerkendt dette i dommen i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 10.

112 — I syvende betragtning i præambelen til havretskonventionen er der tale om »den kodifikation og progressive udvikling af havretten, som er opnået ved denne konvention«. Dette bekræftes også i retspraksis, jf. f.eks. ICJ's dom i Nicaragua-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 109, præmis 212, og Domstolens dom i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 10, i Mondiet-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 104, præmis 13, og i Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 55.

117. Procesdeltagerne i denne præjudicielle sag er i princippet enige om, at ikke mindst Chicagokonventionen og havretskonventionen kan give fingerpeg om, hvorvidt de omhandlede principper i den folkeretlige sædvaneret findes eller ikke, og om, hvorvidt de er bindende for Den Europæiske Union.

i) Staternes højhedsret over deres luftrum [første spørgsmål, litra a)]

118. Princippet om staternes højhedsret over deres luftrum er afledt af staternes suverænitæt over deres respektive territorium¹¹³. Det blev allerede i 1919 nedfældet i artikel 1 i den internationale luftfartskonvention, der blev indgået i Paris¹¹⁴. I dag er det kodificeret i artikel 1 i Chicagokonventionen, der i øjeblikket tæller 190 stater som parter, herunder alle medlemsstater i Den Europæiske Union. I så henseende er den internationale bestemmelse i Chicagokonventionen, som Den

113 — ICJ, Nicaragua-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 109, præmis 212.

114 — *Convention portant réglementation de la navigation aérienne*, indgået i Paris den 13.10.1919 og trådt i kraft i 1922, *Recueil des Traités de la Société des Nations*, serie XI (1922), s. 173 ff. Denne konvention blev i sin tid ratificeret af i alt 33 stater. Denne konventions artikel 1 og artikel 1 i Chicagokonventionen indeholder i det væsentlige enslydende formuleringer.

Internationale Domstol også har anerkendt, alene udtryk for et princip, der længe har været fastslået i den folkeretlige sædvaneret¹¹⁵.

åbne hav, hvis idémæssige oprindelse mindst går tilbage til år 1609¹¹⁸. Senest siden tidligt i det 20. århundrede har friheden på det åbne hav været internationalt anerkendt¹¹⁹.

119. At Den Europæiske Union ikke selv er kontraherende part i Chicagokonventionen, er ikke til hinder for, at den kan være bundet af princippet i den folkeretlige sædvaneret om staternes højhedsret over deres luftrum, som er kodificeret i denne konvention¹¹⁶. Et princip i den folkeretlige sædvaneret fortsætter nemlig med at bestå ved siden af de internationale aftaler, hvori det kodificeres¹¹⁷.

121. I 1958 blev princippet om, at ingen stat retsgyldigt kan underlægge nogen del af det åbne hav sin suverænitet, kodificeret i artikel 2, første punktum, i overenskomsten om det åbne hav og blev senere optaget i artikel 89 i havretskonventionen under overskriften »Ugyldigheden af krav om suverænitet over det åbne hav«. På nuværende tidspunkt er der 162 parter i havretskonventionen, deriblandt Den Europæiske Union — tidligere Det Europæiske Fællesskab —¹²⁰ samt alle dens medlemsstater.

ii) Ugyldigheden af krav om suverænitet over det åbne hav [første spørgsmål, litra b)]

120. Princippet om, at ingen stat retsgyldigt kan underlægge nogen del af det åbne hav sin suverænitet, er et udtryk for friheden på det

122. Set på baggrund af en statspraksis, der går mindst et århundrede — hvis ikke længere — tilbage i tiden, og dens brede anerkendelse, bl.a. fra Den Europæiske Union og alle dens medlemsstater, kan det lægges til grund, at artikel 89 i havretskonventionen er

115 — På fransk: »Il est hors de doute pour la Cour que ces prescriptions du droit conventionnel ne font que correspondre à des convictions qui, depuis longtemps, sont bien établies en droit international coutumier«. På engelsk: »The Court has no doubt that these prescriptions of treaty-law merely respond to firmly established and longstanding tenets of customary international law«, ICJ, Nicaragua-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 109, præmis 212 in fine.

116 — I samme retning vedrørende Wienerkonventionen om traktatretten Racke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 24, 45 og 46, og Brita-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 42. Tilsvarende vedrørende havretten Mondiet-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 104, præmis 13.

117 — I samme retning ICJ, Nicaragua-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 109, præmis 174-179.

118 — Jf. herom skriftet »*Mare liberum*« (»Det frie hav«) af Hugo Grotius, 1609, der stadig er banebrydende.

119 — Jf. herom f.eks. Den Permanente Internationale Domstols (PICJ) dom af 7.9.1927 i *Lotus*-sagen, Frankrig mod Tyrkiet, *C.P.J.I Recueil* 1927, serie A, nr. 10, s. 25.

120 — Jf. herom Rådets godkendelsesafgørelse, nævnt ovenfor i fodnote 86.

en kodifikation af et princip i den folkeretlige sædvaneret¹²¹, som Unionen er bundet af. Ingen af procesdeltagerne i den foreliggende præjudicielle sag har sat spørgsmålstegn herved.

artikel 2, tredje punktum, nr. 4), i konventionen om det åbne hav og er i dag kodificeret i artikel 87, stk. 1, tredje punktum, litra b), i havretskonventionen.

123. Under den præjudicielle procedure blev der fra enkelte sider rejst tvivl om, hvorvidt princippet om ugyldigheden af krav om suverænitæt over det åbne hav kan være relevant for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101. I denne forbindelse er det imidlertid tilstrækkeligt at bemærke, at det følger af fast retspraksis, at der foreligger en formodning for, at de spørgsmål, som den nationale ret har stillet, er relevante¹²². Da det ikke klart fremgår, at det første spørgsmål, litra b), er uden relevans for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, bør det behandles af Domstolen.

125. Af de samme grunde, som jeg anførte ovenfor i forbindelse med ugyldigheden af krav om suverænitæt over det åbne hav¹²³, bør friheden til at flyve over det åbne hav anses for et princip i den folkeretlige sædvaneret, som Unionen er bundet af.

iii) Friheden til at flyve over det åbne hav [første spørgsmål, litra c)]

iv) Den formodede udelukkende retsmyndighed over luftfartøjer over det åbne hav [første spørgsmål, litra d)]

124. Friheden til at flyve over det åbne hav (»frihed til at overflyve det åbne hav«) blev ligeledes allerede i 1958 nævnt i

126. I modsætning til, hvad der har været tilfældet med hensyn til de hidtil behandlede principper i den folkeretlige sædvaneret, er eksistensen af det fjerde princip, som den forelæggende ret har anført, omtvistet.

121 — I denne retning også ICJ, dom af 25.7.1974 i sagen om kompetencer på fiskeriområdet, Det Forenede Kongerige mod Island, *C.I.J. Recueil* 1974, s. 3, præmis 50.

122 — Dom af 22.12.2008, sag C-333/07, Régie Networks, Sml. I, s. 10807, præmis 46 og 47, af 12.10.2010, sag C-45/09, Rosenblatt, Sml. I, s. 9391, præmis 33, og af 5.4.2011, sag C-119/09, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable, Sml. I, s. 2551, præmis 21.

127. Sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, har gjort gældende, at det følger af den folkeretlige sædvaneret, at fly under deres overflyvning af det åbne hav alene er undergivet den stats retsmyndighed, som de er registreret i, medmindre noget andet udtrykkeligt er fastsat i

123 — Punkt 120-122 i dette forslag til afgørelse.

en international traktat. Mens nogle regeringer og institutioner ikke har sat yderligere spørgsmålstegn herved, er andre procesdeltagere — navnlig den tyske, den franske og den norske regering samt Det Forenede Kongeriges regering, men også Kommissionen og miljøorganisationerne — direkte af den opfattelse, at et sådant princip ikke findes i den folkeretlige sædvaneret.

128. Rent faktisk er princippet, hvorefter fartøjer på det åbne hav — forenklet udtrykt — alene er undergivet flagstatens retsmyndighed, kun kodificeret for skibe, men ikke for luftfartøjer. Det viser et blik på artikel 92, stk. 1, første punktum, i havretskonventionen, men også på denne bestemmelses forgænger i artikel 6, stk. 1, første punktum, i konventionen om det åbne hav fra 1958.

129. Bestemmelserne i artikel 6, stk. 1, i konventionen om det åbne hav og i artikel 92 i havretskonventionen kan ikke uden videre overføres analogt på luftfartøjer. Som det nemlig fremgår af en samlet betragtning af disse to multilaterale konventioner, har deres forfattere sondret klart mellem skibe og luftfartøjer og i en lang række bestemmelser, der

skulle gælde for begge typer fartøjer eller specielt for luftfartøjer, udtrykkeligt nævnt disse luftfartøjer¹²⁴.

130. Under disse omstændigheder kan artikel 6 i konventionen om det åbne hav og artikel 92 i havretskonventionen, henset til, at luftfartøjer ikke er nævnt i disse bestemmelser, ikke anses for pålidelig dokumentation for eksistensen af det formodede princip i den folkeretlige sædvaneret. Dette gælder så meget desto mere som der i Chicagokonventionen, der specifikt tager sigte på luftfarten, ligeledes ikke er nedfældet noget princip om registreringsstaternes udelukkende retsmyndighed i forhold til deres luftfartøjer under overflyvning af det åbne hav. Desuden indeholder Tokyokonventionen¹²⁵, som i lighed med Chicagokonventionen praktisk taget gælder globalt, i sin artikel 4 en bestemmelse, der inden for visse grænser med henblik på strafferetlige formål rent faktisk tillader staterne at hindre luftfartøjer under flyvningen, selv om disse ikke er registreret i disse stater.

124 — Jf. f.eks. artikel 15, 17, artikel 19-21, artikel 23, stk. 4, og stk. 5, litra b), i overenskomsten om det åbne hav samt artikel 1, nr. 5), artikel 18, stk. 2, artikel 19, stk. 2, litra e), artikel 38, 39, artikel 42, stk. 4, artikel 53, stk. 1, 5 og 12, artikel 54, artikel 58, stk. 1, artikel 87, stk. 1, litra b), artikel 101-107, artikel 110, stk. 4 og 5, artikel 111, artikel 212, stk. 1, artikel 216, stk. 1, litra b), artikel 222, 224, 236, 262 og artikel 298, stk. 1, litra b), i havretskonventionen.

125 — Konventionen angående lovovertrædelser og visse andre handlinger begået om bord i luftfartøjer, »Tokyokonventionen«, *RTNLI*, bind 704, s. 219, blev indgået i Tokyo den 14.9.1963 og trådte i kraft den 4.12.1969. Den tæller på nuværende tidspunkt 185 kontraherende stater.

131. Den hidtidige relevante retspraksis vedrørende det omtvistede princip, har — så vidt jeg kan se — alene omhandlet skibe, men ikke luftfartøjer¹²⁶.

132. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at træffe den afgørelse, at der på nuværende tidspunkt ikke er tilstrækkelige holdepunkter for, at der eksisterer et princip i den folkeretlige sædvaneret, hvorefter »fly under overflyvning af det åbne hav, alene er undergivet den stats retsmyndighed, som de er registreret i, medmindre noget andet udtrykkeligt er fastsat i en international traktat«.

133. Et sådant princip kan følgelig heller ikke anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af EU-retsakter såsom direktiv 2008/101.

b) Om egnetheden af de omhandlede principper i den folkeretlige sædvaneret som kriterium for en gyldighedsprøvelse i et søgsmål anlagt af fysiske eller juridiske personer

134. Selv om ethvert princip i den folkeretlige sædvaneret, som Den Europæiske Union

er bundet af, er forpligtende for Unionen i folkeretlig forstand, kan det enkelte principps art og opbygning indebære, at det internt i EU enten slet ikke eller kun i begrænset omfang kan anvendes til en domstolsprøvelse af gyldigheden af retsakter vedtaget af EU-institutionerne¹²⁷, navnlig i søgsmål, der anlægges af fysiske eller juridiske personer.

135. De tre principper i den folkeretlige sædvaneret, som High Court har gjort til genstand for sin præjudicielle anmodning i spørgsmål 1, litra a)-c), har det til fælles, at de afgrænser rækkevidden af staternes suverænitetsrettigheder og deres respektive jurisdiktion.

136. Sådanne principper er på grundlag af deres art og opbygning på ingen måde egnet til at berøre individers retsstilling¹²⁸. De institutioner, der har deltaget i processen, og de fleste af de deltagende regeringer har med rette anført dette.

137. I overensstemmelse hermed kan sådanne principper ikke anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter i søgsmål anlagt af fysiske eller juridiske personer¹²⁹.

126 — Jf. navnlig PCIJ's dom i *Lotus*-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 119, og Domstolens dom i sagen *Poulsen og Diva Navigation*, nævnt ovenfor i fodnote 29. For så vidt som man ønsker at tillægge den newzealandske appelrets (*New Zealand Court of Appeal*) dom af 5.11.1998 i sagen *Sellers mod Maritime Safety Inspector*, (1999) 2 NZLR 44, som sagsøgerne i hovedsagen henviser til, betydning for den foreliggende sag, er det tilstrækkeligt at bemærke, at denne sag — så vidt det fremgår — heller ikke drejede sig om luftfartøjer.

127 — Jf. herom — med hensyn til internationale aftaler — punkt 68 og 69 i dette forslag til afgørelse.

128 — Det kan eventuelt forholde sig anderledes med visse bestemmelser i den humanitære folkeretlige sædvaneret. Jf. herom generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i *Racke*-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, punkt 84, sidste punktum.

129 — Det kan forholde sig anderledes med hensyn til søgsmål, der anlægges af sagsøgere med fortrinsstilling som omhandlet i artikel 263, stk. 2, TEUF, jf. herom ovenfor, punkt 75 i dette forslag til afgørelse.

3. Foreløbig konklusion

138. Sammenfattende må det konkluderes, at det af de folkeretlige bestemmelser og principper, der er nævnt i det første præjudicielle spørgsmål, alene er artikel 7 og artikel 15, stk. 3, andet punktum, i aftalen om »Open Skies«, der kan anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter i et søgsmål anlagt af fysiske eller juridiske personer.

B — Om foreneligheden af direktiv 2008/101 med de påberåbte internationale aftaler og principper i den folkeretlige sædvaneret (andet til fjerde spørgsmål)

139. Andet til fjerde spørgsmål omhandler foreneligheden af direktiv 2008/101 med de af den forelæggende ret anførte internationale aftaler og principper i den folkeretlige sædvaneret. De stilles kun for det tilfælde, at det første spørgsmål besvares bekræftende. Som jeg har redegjort for ovenfor, er dette kun tilfældet for så vidt angår artikel 7 og artikel 15, stk. 3, andet punktum, i aftalen om »Open Skies«. Jeg vil dog alligevel subsidiært og for fuldstændighedens skyld også undersøge foreneligheden af direktiv 2008/101 med de øvrige folkeretlige bestemmelser og principper, som den forelæggende ret har anført.

140. Under sagen for Domstolen blev der fremført yderst modsatrettede retsopfattelser

vedrørende dette emne. Mens sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, nemlig mener, at samtlige omhandlede internationale aftaler og principper i den folkeretlige sædvaneret tilsidesættes, indtager de institutioner og regeringer, der har deltaget i sagen, det stik modsatte synspunkt.

1. Forenelighed med visse principper i den folkeretlige sædvaneret (andet spørgsmål)

141. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om de af sagsøgerne i hovedsagen påberåbte principper i den folkeretlige sædvaneret indebærer, at direktiv 2008/101 er ugyldigt, for så vidt som direktivet bestemmer, at EU's emissionshandelsordning omfatter dele af flyvninger, der finder sted uden for Den Europæiske Unions medlemsstaters luftrum.

142. Det er almindeligt anerkendt, at Den Europæiske Union skal udøve sine beføjelser under overholdelse af den folkeretlige sædvaneret¹³⁰.

130 — Dommen i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 9, Racke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 45, og dom af 27.9.1988, forenede sager 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85 — 129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, herefter »Zellstoff«, Sml. s. 5193, præmis 15-18.

143. I den foreliggende sag foreholder sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, i det væsentlige EU-lovgiver, at denne har handlet i strid med principperne i den folkeretlige sædvaneret vedrørende afgrænsningen af staters kompetencer. Ved at inddrage dele af flyvninger i luftrummet uden for Den Europæiske Union er der nemlig vedtaget en ekstraterritorial ordning, der for det første krænker tredjelandes suverænitetsretigheder og for det andet friheden på det åbne hav.

144. Dette argument er ikke holdbart. Det er baseret på en fejlagtig og yderst overfladisk fortolkning af bestemmelserne i direktiv 2008/101.

a) Om den manglende ekstraterritoriale virkning af EU's emissionshandelsordning

145. Som mange af de institutioner og regeringer, der har deltaget i sagen, med rette har fremhævet, indeholder direktiv 2008/101 ingen som helst ekstraterritoriale bestemmelser. Dette direktiv underkaster hverken i tredjestaters luftrum eller over det åbne hav luftfartsselskabernes aktiviteter ufravigelige EU-retlige bestemmelser. Navnlig indebærer direktiv 2008/101 ikke på nogen måde,

at luftfartsselskaber forpligtes til at flyve bestemte ruter med deres luftfartøjer eller at overholde bestemte tophastigheder eller bestemte grænseværdier for brændstofforbrug og emissioner.

146. Genstand for bestemmelserne i direktiv 2008/101 er ene og alene luftfartøjers starter og landinger på flyvepladser i Den Europæiske Union, og alene med henblik på sådanne starter og landinger udøves der også retsmyndighed over for luftfartsselskaberne. Afhængigt af flyvningen skal disse virksomheder indløse emissionskvoter i varierende omfang¹³¹, idet de i tilfælde af manglende overholdelse kan pålægges sanktioner, der kan gå så vidt som til et driftsforbud¹³².

147. At den samlede flyvestrækning, der tilbagelægges ved den enkelte flyvning, lægges til grund ved beregningen af de emissionskvoter, der skal indløses, giver ikke bestemmelserne i direktiv 2008/101 ekstraterritorial karakter. Det er indiskutabelt, at der på denne måde til dels *tages hensyn til hændelser*, der finder sted over det åbne hav eller på tredjestaters territorium. Indirekte kan det være

131 — Jf. artikel 12, stk. 2a, sammenholdt med bilag IV, del B, i direktiv 2003/87 som ændret ved direktiv 2008/101.

132 — Artikel 16 i direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2008/101.

forbundet med incitament for luftfartsselskaber til at forholde sig på en bestemt måde i forbindelse med flyvninger over åbent hav eller på tredjestaters territorium, herunder at forbruge så lidt brændstof som muligt og at begrænse emissionen af drivhusgasser mest muligt. En konkret *regulering* af deres adfærd i luftrummet uden for Den Europæiske Union finder imidlertid ikke sted.

en tredjestats flag, anløb en havn inden for Den Europæiske Union¹³⁴.

149. Det afgørende er ud fra et folkeretligt synspunkt, at de faktiske omstændigheder i det enkelte tilfælde har en tilstrækkelig forbindelse til den pågældende stat eller den pågældende internationale organisation. Tilknytningsmomentet kan bero på territorialitetsprincippet¹³⁵, på princippet om personlighed¹³⁶ eller — sjældnere — på universalitetsprincippet.

148. Det er på ingen måde usædvanligt, at en stat eller en international organisation ved udøvelsen af retsmyndighed tager hensyn til omstændigheder, der finder sted eller har fundet sted uden for det område, hvor den har territorial kompetence. Eksempelvis gælder globalindkomstprincippet i mange stater inden for indkomstkatteretten. Inden for kartelretten og fusionskontrollen er det verden over ligeledes gængs praksis, at konkurrencemyndigheder skrider ind over for virksomhedsaftaler, selv om disse måtte være indgået uden for myndighedernes territoriale kompetenceområde og muligvis endog i betydeligt omfang har virkninger uden for dette kompetenceområde¹³³. I en fiskerisag har Domstolen endog truffet afgørelse om, at fisk fanget på åbent hav kunne konfiskeres, så snart det pågældende fartøj, der sejlede under

b) Om eksistensen af et tilstrækkeligt territorialt tilknytningsmoment

150. I den foreliggende sag kan Den Europæiske Union påberåbe sig territorialitetsprincippet.

151. Generelt kan Unionen kræve af alle virksomheder, der ønsker at levere tjenesteydelser

133 — To kendte eksempler inden for den europæiske fusionskontrol findes i Domstolens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 88 og 90, og af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575.

134 — Dommen i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 3, 4 og 30-34. Tilsvarende Commune de Mesquer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 60 og 61, vedrørende olie, som i forbindelse med et skibsforslis strømmede ud i en medlemsstats eksklusive økonomiske zone og derefter blev skyllet op på denne stats kyster.

135 — Zellstoff-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 130, præmis 18. I den ovennævnte dom i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 30-34, er beføjelsen til at konfiskere skibsladningen i sidste ende også baseret på territorialitetsprincippet.

136 — I denne retning Mondiet-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 104, præmis 15, i hvilken det på grundlag af flagstatens kompetence udledes, at det daværende Europæiske Fællesskab var kompetent til at træffe foranstaltninger til bevarelse af fiskeressourcerne i det åbne hav.

på dens område, at de overholder visse normer, der er fastsat i EU-retten. Tilsvarende kan den kræve af luftfartsselskaber, at disse i anledning af enhver start og landing på en flyveplads på Den Europæiske Unions område deltager i de foranstaltninger til beskyttelse af miljøet og modvirkning af klimaændringer, der er fastsat i EU-retten¹³⁷, i det foreliggende tilfælde EU's emissionshandelsordning.

152. Start og landing er væsentlige og særligt karakteristiske dele af enhver flyvning. Er startstedet eller ankomststedet en flyveplads på Den Europæiske Unions område, foreligger der et tilstrækkeligt territorielt tilknytningsmoment til at inddrage den pågældende flyvning i EU's emissionshandelsordning.

153. Ved anvendelse af EU's emissionshandelsordning kan det kræves af de enkelte luftfartsselskaber, at disse ved start og landing på en europæisk flyveplads indløser emissionskvoter, der er højere, jo længere afstanden er mellem en flyvnings afgangssted og ankomststed. En sådan inddragelse af den samlede tilbagelagte flyvestrækning er i sidste ende et udtryk for princippet om proportionalitet og

er i overensstemmelse med det miljøretnlige princip om, at forureneren betaler.

154. Territorialitetsprincippet forbyder ikke, at der ved anvendelsen af EU's emissionshandelsordning også tages hensyn til dele af flyvninger, der tilbagelægges uden for Den Europæiske Unions territorium. En sådan fremgangsmåde er tværtimod i overensstemmelse med karakteren og betydningen af samt formålet med foranstaltninger til beskyttelse af miljøet og modvirkning af klimaændringer. Luftforurening kender som bekendt ingen grænser, og drivhusgasser bidrager til klimaændringer på globalt plan, uanset hvor de udløses. De kan påvirke miljøet og klimaet i enhver stat eller ethvert forbund af stater, også i Den Europæiske Union.

155. Det er i denne sammenhæng også værd at foretage en sammenligning med den tidligere nævnte fiskerisag. Hvis det ifølge territorialitetsprincippet er tilladt at konfiskere fisk, der er fanget uden for Den Europæiske Union på et skib, der sejler under en tredjestats flag, i en havn inden for Den Europæiske Union¹³⁸, kan det ikke være forbudt med henblik på beregningen af de emissionskvoter, der skal indløses, at inddrage et luftfartøjs emissioner uden for Den Europæiske Unions luftrum i forbindelse med dets start eller landing på en flyveplads i Den Europæiske Union.

137 — Hvorvidt denne beføjelse i det konkrete tilfælde er underlagt begrænsninger på grundlag af internationale aftaler, behandles særskilt i forbindelse med det tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål. Jf. herom nedenfor, punkt 161-236 i dette forslag til afgørelse.

138 — Dom i sagen Poulsen og Diva Navigation, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 3, 4 og 30-34.

c) Om den manglende krænkelse af tredjestaters suverænitet

dobbeltbeskatning inden for området direkte skatter også accepteres¹³⁹.

156. Modsat den opfattelse, som sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, har fremført, forhindrer direktiv 2008/101 hverken retligt eller faktisk tredjestater i eventuelt at indføre og anvende deres egne emissionshandelsordninger for luftfarten.

159. En dobbelt medregning af en og samme flyvning i to forskellige emissionshandelsordninger kan kun undgås ved ensidige foranstaltninger eller ved aftaler mellem de berørte stater og internationale organisationer. EU-lovgiver har — selv om den folkeretlige sædvaneret ikke pålagde denne nogen forpligtelse i så henseende — i direktiv 2008/101 udtrykkeligt signaliseret sin vilje hertil og også fastsat en konkret fravigelsesmulighed¹⁴⁰.

157. Det må medgives, at inddragelsen af flyvestrækninger tilbagelagt over det åbne hav og i luftrummet over tredjestater indebærer en risiko for en »overlappende regulering«, dvs. at en og samme strækning medregnes dobbelt i to staters emissionshandelsordninger. Dette kan navnlig være tilfældet, når der på afgangsstedet og på ankomststedet for en international flyvning gælder hver sin emissionshandelsordning, som — i lighed med direktiv 2008/101 — medregner hele flyvestrækningen.

d) Foreløbig konklusion

160. Sammenfattende giver inddragelsen i EU's emissionshandelsordning af flyvestrækninger, der tilbagelægges uden for Den Europæiske Unions territorium, ikke anledning til betænkeligheder med hensyn til foreneligheden af direktiv 2008/101 med de omtvistede principper i den folkeretlige sædvaneret.

158. En sådan dobbelt medregning er imidlertid, hvor belastende den end må være for de berørte luftfartsselskaber, ikke forbudt i henhold til de her omhandlede principper i den folkeretlige sædvaneret. Den accepteres tværtimod i den folkeretlige sædvaneret, ligesom det vidt udbredte fænomen

139 — End ikke inden for Den Europæiske Union findes der på det nuværende trin et generelt forbud mod dobbeltbeskatning på området direkte skatter, dom af 14.11.2006, sag C-513/04, Kerckhaert og Morres, Sml. I, s. 10967, præmis 20-24, og af 12.2.2009, sag C-67/08, Block, Sml. I, s. 883, præmis 28-31.

140 — Jf. 17. betragtning til direktiv 2008/101 og artikel 25a i direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2008/101.

2. Forenelighed med visse internationale aftaler (tredje og fjerde spørgsmål)

2008/101 er ugyldigt, for så vidt som dette direktiv inddrager dele af flyvninger, der finder sted uden for luftrummet over Den Europæiske Unions medlemsstater, i EU's emissionshandelsordning.

161. Med sit tredje og fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om direktiv 2008/101 er forenelig med forskellige bestemmelser i internationale aftaler. I denne forbindelse forelægges inddragelsen af internationale luftfartsaktiviteter i EU's emissionshandelsordning, som den følger af direktiv 2008/101, for Domstolen med henblik på en efterprøvelse af lovligheden ud fra fire synspunkter. For det første med hensyn til inddragelsen af flyvestrækninger uden for EU's luftrum (tredje spørgsmål), for det andet med hensyn til Den Europæiske Unions enegang uden for ICAO [fjerde spørgsmål, litra a)], for det tredje med hensyn til forbuddet mod afgifter for afgang og ankomst [fjerde spørgsmål, litra b)] og for det fjerde med hensyn til forbuddet mod skatter, afgifter og told på brændsel i international lufttransport [fjerde spørgsmål, litra c)].

i) Forenelighed med artikel 1, 11 og 12 i Chicagokonventionen [tredje spørgsmål, litra a)]

163. Som allerede nævnt i forbindelse med det første spørgsmål, er Den Europæiske Union ikke bundet af Chicagokonventionen. Denne konvention kan derfor ikke anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter¹⁴¹. Da alle EU-medlemsstaterne imidlertid er parter i Chicagokonventionen, bør der alligevel tages hensyn til denne ved fortolkningen af bestemmelser i den afledte EU-ret¹⁴². Som følge heraf skal direktiv 2008/101 (respektive direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2008/101) så vidt muligt fortolkes således, at det er i overensstemmelse med Chicagokonventionen.

a) Lovligheden af inddragelsen af flyvestrækninger uden for EU's luftrum i EU's emissionshandelsordning (tredje spørgsmål)

164. Imidlertid viser en undersøgelse af de bestemmelser i Chicagokonventionen, som den forelæggende ret har anført, at disse under alle omstændigheder ikke står i modsætning til direktiv 2008/101.

162. Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om forskellige bestemmelser i Chicagokonventionen og i aftalen om »Open Skies« indebærer, at direktiv

¹⁴¹ — Jf. ovenfor, punkt 51-66 i dette forslag til afgørelse.

¹⁴² — I denne retning Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 52 in fine.

165. Hvad for det første angår artikel 1 i Chicagokonventionen, er denne alene udtryk for princippet om staternes suverænitet og navnlig deres højhedsret over luftrummet¹⁴³. Som allerede anført ovenfor¹⁴⁴ vedrørende den folkeretlige sædvaneret, indeholder direktiv 2008/101 ingen ekstraterritoriale bestemmelser og krænker ikke tredjestaters suverænitetsrettigheder. Disse betragtninger kan uden videre overføres på artikel 1 i Chicagokonventionen.

166. For så vidt angår artikel 11 i Chicagokonventionen skal det bemærkes, at de deri indeholdte bestemmelser allerede ifølge deres ordlyd alene vedrører ankomst til og afgang fra de kontraherende staters territorium for luftfartøjer, indsat i international luftfart, såvel som driften og navigeringen af sådanne luftfartøjer, mens de befinder sig inden for de kontraherende staters territorium. Dette bekræftes også ved en betragtning af den samlede kontekst, hvori den nævnte artikel 11 indgår. Bestemmelsen indgår i kapitel II i Chicagokonventionen, som omhandler flyvning over de kontraherende staters territorium. Artikel 11 i Chicagokonventionen siger ikke noget om, hvorvidt en emissionshandelsordning, der anvendes af en kontraherende stat, må medregne flyvestrækninger tilbagelagt uden for denne stats territorium.

167. Det eneste indholdsmæssige krav, som artikel 11 i Chicagokonventionen opstiller for

så vidt angår de kontraherende staters love og forskrifter vedrørende luftfartøjers ankomst, afgang og drift, er forbuddet mod forskelsbehandling af luftfartøjer på grundlag af deres nationalitet. De pågældende love og forskrifter skal »finde anvendelse på samtlige kontraherende staters luftfartøjer uden hensyn til disses nationalitet«. Ingen af procesdeltagerne har rejst tvivl om, at EU's emissionshandelsordning opfylder dette krav.

168. Heller ikke af sidste ledsætning i artikel 11 i Chicagokonventionen følger et forbud imod inden for rammerne af en kontraherende stats emissionshandelsordning at medregne flyvestrækninger tilbagelagt uden for denne stats territorium. I den pågældende ledsætning anføres det blot, at en kontraherende stats love og forskrifter »skal efterkommes af disse luftfartøjer ved indflyvning på eller udflyvning fra den pågældende stats territorium, eller mens de befinder sig inden for dette«. Præcis det og kun det — at forskrifter overholdes ved indflyvning og udflyvning — kræver Den Europæiske Union af luftfartsselskaberne inden for rammerne af EU's emissionshandelsordning. EU's emissionshandelsordning indeholder ingen forskrifter, der skal overholdes på flyvestrækninger uden for Den Europæiske Unions territorium.

169. Hvad endelig angår artikel 12 i Chicagokonventionen omhandler den regler for luftfartøjers manøvrering. Direktiv 2003/87 som ændret ved direktiv 2008/101 indeholder imidlertid ikke sådanne manøvreringsregler, hverken for Den Europæiske Unions territorium eller for luftrummet over tredjestater eller over det åbne hav, som nævnes særskilt

143 — Jf. ovenfor, punkt 118 i dette forslag til afgørelse.

144 — Jf. mine bemærkninger til det andet præjudicielle spørgsmål, punkt 145-160 i dette forslag til afgørelse.

i konventionens artikel 12, tredje punktum. Navnlig fastsætter EU's emissionshandelsordning, som nævnt, hverken bestemte flyveruter, bestemte topstigheder eller grænseværdier for brændstofforbrug og emissioner, som skal overholdes af luftfartsselskaberne og de luftfartøjer, de driver.

Navnlig er det, henset til denne konvention, ikke nødvendigt at begrænse anvendelsesområdet for EU's emissionshandelsordning til dele af flyvninger, der finder sted på Den Europæiske Unions territorium.

170. Heller ikke sagsøgerne i hovedsagens henvisning til bilag 2 til Chicagokonventionen¹⁴⁵, hvori visse regler for manøvrering af luftfartøjer er anført, kan anvendes til støtte for deres opfattelse. Ganske vist indeholder bilagets afsnit 3.1.4 en forskrift vedrørende luftfartøjers »dropping and spraying«¹⁴⁶ under flyvningen. EU's emissionshandelsordning kan dog på ingen måde sammenlignes med en ordning vedrørende udkastning eller udsprøjtning af substanser, da den jo netop ikke indeholder forskrifter eller grænseværdier vedrørende emission af drivhusgasser fra enkelte luftfartøjers motorer i forbindelse med deres flyvninger fra og til flyvepladser i Den Europæiske Union.

171. Da der således ikke er grund til at frygte en konflikt med artikel 1, 11 og 12 i Chicagokonventionen, er der heller ingen grund til at fortolke og anvende direktiv 2008/101 restriktivt under hensyn til Chicagokonventionen.

ii) Forenelighed med artikel 7 i aftalen om »Open Skies« [tredje spørgsmål, litra b)]

172. I modsætning til de ovenfor behandlede bestemmelser i Chicagokonventionen kan artikel 7 i aftalen om »Open Skies« umiddelbart anvendes som kriterium for prøvelsen af gyldigheden af direktiv 2008/101¹⁴⁷.

173. I sagen hersker der dog ingen tvivl vedrørende foreneligheden af EU's emissionshandelsordning med denne folkeretlige bestemmelse. Artikel 7 i aftalen om »Open Skies« bestemmer nemlig i det væsentlige, at en parts love og forskrifter vedrørende luftfartøjers ankomst, afgang og drift i international lufttransport finder anvendelse og skal overholdes på dennes territorium. Dermed indeholder artikel 7 i aftalen om »Open Skies«, for så vidt det er relevant for den foreliggende sag, en bestemmelse med stort set samme indhold som artikel 11 i

145 — Offentliggjort af ICAO i »Rules of the Air«, 10. udg., juli 2005.

146 — Engelsk: »dropping or spraying«.

147 — Jf. ovenfor, navnlig punkt 103 i dette forslag til afgørelse.

Chicagokonventionen. Bemærkningerne til sidstnævnte bestemmelse¹⁴⁸ kan således uden videre overføres på artikel 7 i aftalen om »Open Skies«.

artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen således, at den forbyder Den Europæiske Union at søge at begrænse og reducere drivhusgasser fra luftfarten uden for ICAO's regi.

b) Lovligheden af EU's enegang uden for ICAO [fjerde spørgsmål, litra a)]

174. Med den første del af det fjerde spørgsmål [spørgsmål 4, litra a)] ønskes det oplyst, om Den Europæiske Union på egen hånd måtte udvide sin emissionshandelsordning til at omfatte den internationale luftfart uden først at afvente udarbejdelsen af en multilateral løsning i ICAO's regi. Med henblik herpå har den forelæggende ret anmodet Domstolen om at bedømme gyldigheden af direktiv 2008/101 under to synsvinkler. For det første henset til dets forenelighed med artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen, og for det andet henset til en eventuel tilsidesættelse af artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«.

176. Denne opfattelse er ikke overbevisende. Som mange af de institutioner og regeringer, der har deltaget i sagen, nemlig med rette har fremhævet, tillægger artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen ikke ICAO enekompetencen med hensyn til at begrænse og reducere drivhusgasser fra luftfarten. Dette fremgår både af bestemmelsens ordlyd og af dens kontekst og målsætninger.

i) Forenelighed med artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen

175. Sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, fortolker

177. Allerede i ordlyden af artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollens findes ingen som helst henvisning til nogen form for eneret. Bestræbelserne på at begrænse eller reducere drivhusgasser fra luftfarten skal netop ikke »udelukkende« eller »alene« fortsættes i ICAO's regi. Hvis Kyotoprotokollens parter havde ønsket at fastsætte en enekompetence for ICAO, måtte det forventes, at dette blev udtrykt tilstrækkeligt klart i bestemmelsens ordlyd.

178. Derudover er Kyotoprotokollen en del af den samlede kontekst for De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer, hvis realisering var formålet med

148 — Jf. ovenfor, punkt 166-168 i dette forslag til afgørelse.

protokollens oprettelse¹⁴⁹, og i lyset af hvilken protokollen følgelig skal fortolkes. Denne rammekonvention tillader ikke kun multilaterale politikker og foranstaltninger til begrænsning eller reduktion af drivhusgasser, men også nationale og regionale.

179. Således fastsættes det udtrykkeligt i artikel 4, stk. 1, litra b), i rammekonventionen, at parterne skal »opstille, gennemføre, offentliggøre og jævnlige ajourføre nationale, og, hvor det måtte være relevant, regionale programmer for foranstaltninger til at imødegå klimaændringer under hensyntagen til kilderne for antropogene emissioner [...] af alle drivhusgasser, der ikke er reguleret af Montreal-protokollen». Tilsvarende bestemmer rammekonventionens artikel 4, stk. 2, litra a), at hver enkelt af industrilandsparterne opstiller «nationale strategier» og «foranstaltninger [...] til at imødegå klimaændringer, idet det i en fodnote udtrykkeligt præciseres, at dette også omfatter strategier og foranstaltninger, der vedtages af regionale organisationer for økonomisk integration.

180. Modsat den opfattelse, som sagsøgerne i hovedsagen har fremført under retsmødet for Domstolen, tyder intet på, at der med artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen skulle afviges fra de nævnte principper i rammekonventionens artikel 4.

149 — Jf. f.eks. Kyotoprotokollens overskrift og første betragtning i dens præambel.

181. Det ville være i strid med rammekonventionens mål i almindelighed og Kyotoprotokollens mål i særdeleshed alene at træffe eventuelle foranstaltninger med henblik på begrænsning eller reduktion af drivhusgasser fra luftfarten på multilateralt niveau i ICAO's regi. Der er nemlig ikke overensstemmelse mellem kredsen af parter i rammekonventionen og Kyotoprotokollen på den ene side og kredsen af parter i Chicagokonventionen og i ICAO, der er baseret herpå, på den anden side. Hvis ICAO havde enekompetence, kunne ICAO-medlemmer, der ikke selv er bundet af Kyotoprotokollen, hindre opfyldelsen af Kyoto-målene. Omvendt ville det gøre det vanskeligere for Kyotoprotokollens parter at bidrage aktivt til opfyldelsen af Kyoto-målene, hvis de selv — som Den Europæiske Union — slet ikke er medlem af ICAO.

182. På denne baggrund må man gå ud fra, at parterne i Kyotoprotokollen i dennes artikel 2, stk. 2, *ikke* har forpligtet sig til *udelukkende* at fortsætte deres bestræbelser på at begrænse og reducere drivhusgasser fra luftfarten i ICAO's regi.

183. Det kommer sikkert til udtryk i artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen, at parterne foretrækker at finde en multilateral løsning i ICAO's regi med henblik på at begrænse eller reducere drivhusgasser fra luftfarten. Dette

kan Den Europæiske Union heller ikke lade ude af betragtning i forbindelse med udformningen og gennemførelsen af dens miljø- og klimapolitik, selv om Unionen ikke selv er part i ICAO, men kun dens medlemsstater¹⁵⁰.

184. Imidlertid udmøntes den omstændighed, at parterne foretrækker en multilateral løsning i ICAO's regi, gennem artikel 2, stk. 2, i Kyoto-protokollen alene i en yderst generelt formuleret handlingsforpligtelse (på fransk »obligation de moyen«, på engelsk »obligation of conduct«). Hvis der ikke opnås enighed i ICAO's regi inden for rimelig tid, må parterne i Kyoto-protokollen fortsat have mulighed for at træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på opfyldelse af Kyoto-målene på nationalt eller regionalt niveau¹⁵¹. I modsat fald er der alvorlig risiko for, at disse mål ikke kan nås.

185. Hvorvidt og på hvilket tidspunkt Den Europæiske Union så uden for ICAO's regi ensidigt træffer foranstaltninger med henblik på at begrænse eller reducere drivhusgasser fra luftfarten, er i sidste ende et spørgsmål om, hvad der er hensigtsmæssigt, og vurderingen heraf påhviler EU's politiske instanser. Dette

betyder ganske vist ikke, at de pågældende EU-institutioner i så henseende kan agere uden at være underlagt en retslig kontrol. Men man bør dog betænke, at de i forbindelse med beslutninger, der kræver en vurdering af komplekse økonomiske og sociale sammenhænge, ligesom i forbindelse med komplekse beslutninger vedrørende EU's optræden udadtil, har en stor skønsmargen¹⁵². Netop i forbindelse med afvejningen af fordele og ulemper ved en regional enegang med henblik på at begrænse eller reducere drivhusgasser fra lufttransporten samt i forbindelse med valg af tidspunktet for en sådan enegang skal de kompetente EU-institutioner indrømme en skønsmargen.

186. I denne sag står det fast og er også ubestridt, at Den Europæiske Unions medlemsstater gennem flere år har deltaget i de multilaterale forhandlinger i ICAO om mulige foranstaltninger til begrænsning og reduktion af drivhusgasser fra luftfarten¹⁵³. Det kunne ikke med rimelighed kræves, at de skulle give ICAO-organerne ubegrænset tid til at udvikle en multilateral løsning. Man bør nemlig være

150 — I denne retning Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 52 in fine.

151 — I denne retning kan også artikel 4, stk. 2, litra e), nr. i), i rammekonventionen fortolkes, hvorefter hver af parterne med de andre parter »alt efter behov skal samordne« relevante økonomiske og administrative virkemidler.

152 — Om EU-institutionernes skøn eller vurderingsmargen i forbindelse med bedømmelsen af komplekse økonomiske og sociale sammenhænge jf. dommen i sagen IATA og ELFAA, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 80, dom af 10.7.2008, sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, Sml. I, s. 4951, præmis 69 og 144, og af 8.6.2010, sag C-58/08, Vodafone m.fl., Sml. I, s. 4999, præmis 52. Om EU-institutionernes skøn vedrørende EU's optræden udadtil jf. Racke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 52, og dom af 27.9.2007, sag C-351/04, Ikea Wholesale, Sml. I, s. 7723, præmis 40.

153 — Jf. også niende betragtning til direktiv 2008/101.

opmærksom på det tidspres, som Kyotoprotokollen pålægger Den Europæiske Union og en lang række andre kontraherende parter med hensyn til at nå deres kvantitative mål for emissionsbegrænsning og -reduktion. I Kyotoprotokollen er der fastsat en helt konkret forpligtelsesperiode, der omfatter årene 2008 til 2012.

2008/101 ikke har overskredet grænserne for den skønsmargen, som de har, henset til artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen. Direktivet er ikke i strid med artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen.

ii) Forenelighed med artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«

187. På denne baggrund kan det på ingen måde anses for forhastet, at EU-lovgiver i 2008 besluttede at inddrage luftfarten i EU's emissionshandelsordning fra 2012. Dette gælder så meget desto mere, som der med direktiv 2008/101 på ingen måde blev lukket af for en senere multilateral løsning i ICAO's regi. Tværtimod søger Unionen og medlemsstaterne udtrykkeligt »fortsat [...] at nå til enighed om globale foranstaltninger til reduktion af drivhusgasemissionerne fra luftfarten«¹⁵⁴. En fravigelsesbestemmelse i det ændrede direktiv¹⁵⁵ åbner desuden mulighed for, at der med kort frist kan træffes foranstaltninger for at undgå overlappende regulering.

189. I aftalen om »Open Skies« er det fastsat, at miljøforanstaltninger, når de indføres, skal følge miljøstandarderne for luftfart, som er fastsat af ICAO i bilag til Chicagokonventionen¹⁵⁶, undtagen hvor der er givet underretning om forskelle (artikel 15, stk. 3, første punktum, i aftalen om »Open Skies«). Desuden skal miljøforanstaltninger anvendes i overensstemmelse med artikel 2 og artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies« (artikel 15, stk. 3, andet punktum, i aftalen om »Open Skies«).

— Ingen modstående ICAO-miljøstandarder

188. Sammenfattende må det konkluderes, at Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union ved vedtagelsen af direktiv

190. Hvad for det første angår artikel 15, stk. 3, første punktum, i aftalen om »Open Skies«, er det tilstrækkeligt at fastslå, at der

154 — 17. betragtning til direktiv 2008/101.

155 — Artikel 25a i direktiv 2003/87 som ændret ved direktiv 2008/101.

156 — I artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies« betegnes Chicagokonventionen noget usædvanligt som »ICAO-konventionen«.

på nuværende tidspunkt — i alt fald ifølge de oplysninger, der er blevet forelagt Domstolen under denne præjudicielle sag — ikke findes ICAO-miljøstandarder for luftfarten, der er til hinder for en inddragelse af luftfarten i en emissionshandelsordning som EU's. Dette gælder også for bilag 16 til Chicagokonventionen.

har taget forbehold med hensyn til denne resolution. De har udtrykkeligt forbeholdt sig ret til på et ikke-diskriminerende grundlag at vedtage og anvende markedsbaserede foranstaltninger på alle operatører fra alle stater, der tilbyder luftfartstjenester til, fra eller inden for deres område¹⁵⁸.

191. Ganske vist har ICAO's 36. samling i september 2007 henstillet til de kontraherende stater i Chicagokonventionen ikke at gennemføre en emissionshandelsordning vedrørende andre kontraherende staters luftfartøjsoperatører, medmindre det sker på grundlag af en aftale mellem disse stater¹⁵⁷. Dermed blev der dog ikke fastsat en retligt bindende standard for luftfarten, og da slet ingen miljøstandard som omhandlet i artikel 15, stk. 3, første punktum, i aftalen om »Open Skies«. Der er derimod alene tale om en uforpligtende politisk erklæring afgivet af de kontraherende stater, der var repræsenteret på ICAO's samling.

192. Selv hvis man tillægger den nævnte resolution fra ICAO's 36. samling retsvirkninger, er den under alle omstændigheder uden relevans for Den Europæiske Union, fordi alle dens medlemsstater i deres egenskab af kontraherende stater i Chicagokonventionen

193. Derudover er den nævnte resolution fra ICAO's 36. samling i 2007 i mellemtiden blevet trængt i baggrunden af en nyere resolution fra ICAO's 37. samling i 2010¹⁵⁹. Sidstnævnte resolution, som i princippet også blev støttet af europæiske ICAO-medlemmer, anerkender den vigtige rolle, som markedsbaserede foranstaltninger som emissionshandelsordninger spiller, og anbefaler i et bilag retningslinjer for, hvorledes Chicagokonventionens kontraherende stater kan indføre sådanne systemer. Bortset fra at resolutionen fra ICAO's 37. samling ligeledes ikke er juridisk bindende, har ingen af deltagerne i den foreliggende præjudicielle sag gjort gældende, at direktiv 2008/101 er uforenelig med denne. Endvidere peger sidstnævnte resolution i retning af, at en mere positiv grundholdning til en inddragelse af luftfarten i nationale og regionale

157 — Resolution A36-22 fra ICAO's 36. samling, tillæg L, punkt 1, litra b), nr. 1), hvortil der henvises i niende betragtning til direktiv 2008/101.

158 — Jf. herom niende betragtning til direktiv 2008/101.

159 — Resolution A37-19 fra ICAO's 37. samling i oktober 2010.

emissionshandelsordninger nu er begyndt at vinde fodfæste inden for ICAO.

over for luftfartsselskaber skal anvendes uden forskelsbehandling¹⁶¹ og ikke må påvirke luftfartsselskabernes muligheder i den indbyrdes konkurrence i negativ retning.

194. Sammenfattende kan der af henvisningen til ICAO's miljøstandarder i artikel 15, stk. 3, første punktum, i aftalen om »Open Skies« således ikke udledes noget, der er til hinder for gyldigheden af direktiv 2008/101.

— Ingen tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling i aftalen om »Open Skies«

196. Det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 2 og artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies«, er udtryk for et grundlæggende princip, som også er anerkendt i EU-retten og er fastslået i artikel 20 og 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder¹⁶². Der er intet grundlag for at antage, at dette princip skal fortolkes anderledes i forbindelse med aftalen om »Open Skies« end i EU-retten i øvrigt. Det fremgår af fast retspraksis, at det nævnte princip i EU-retten kræver, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet¹⁶³.

195. Hvad herefter angår artikel 15, stk. 3, andet punktum, i aftalen om »Open Skies«, gør denne bestemmelse anvendelsen af miljøforanstaltninger for luftfarten betinget af, at princippet om rimelig og lige adgang for luftfartsselskaber overholdes (artikel 2 i aftalen om »Open Skies«), og at luftfartsselskabernes ret til at fastsætte frekvens og kapacitet af deres internationale luftransport respekteres (artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies«). Som nævnt ovenfor¹⁶⁰, har alle disse krav i sidste ende det til fælles, at miljøforanstaltninger

197. Direktiv 2008/101 inddrager alle luftfartsselskabers flyvninger fra og til europæiske flyvepladser i EU's emissionshandelsordning

161 — Jf. herom også henvisningen til »ensartede vilkår« i slutningen af artikel 3, stk. 4, andet punktum, i aftalen om »Open Skies«.

162 — Dom af 14.9.2010, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommissionen m.fl., herefter »Akzo«, Sml. I, s. 8301, præmis 54.

163 — Dommen i sagen IATA og ELEAA, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 95, dom af 16.12.2008, sag C-127/07, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., herefter »Arcelor«, Sml. I, s. 9895, præmis 23, Akzo-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 162, præmis 55, og dom af 1.3.2011, sag C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats m.fl., herefter »Test-Achats«, Sml. I, s. 773, præmis 28.

160 — Jf. ovenfor, punkt 106 i dette forslag til afgørelse.

uden hensyn til disses nationalitet eller afgangssted og ankomststed for den enkelte flyvning. Direktivet kan derfor kun indebære en forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til artikel 2 og artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies«, såfremt situationerne ikke er sammenlignelige.

sammenlignelige. Følgelig var det i henhold til artikel 2 og artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies« nødvendigt at behandle de pågældende situationer ens, således som dette også er sket i direktiv 2008/101.

198. Situationers sammenlignelighed skal vurderes i lyset af indholdet af og formålet med den EU-retsakt, der indfører den pågældende sondring¹⁶⁴. Som foranstaltning til imødegåelse af klimapåvirkningen fra den internationale luftfart tager direktiv 2008/101 sigte på at reducere drivhusgasemissionerne, som hidrører fra denne økonomiske sektor¹⁶⁵. Direktivet har til formål at gennemføre De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer og Kyotoprotokollen¹⁶⁶. Med henblik på disse mål er det uden betydning, hvilken nationalitet det enkelte luftfartsselskab har. Med henblik på de nævnte mål er afgangsstedet for en flyvning til en europæisk flyveplads og ankomststedet for en flyvning fra en europæisk flyveplads ligeledes uden betydning. De pågældende situationer er

199. Havde EU-lovgiver undtaget luftfartsselskaber, der har en tredjestats nationalitet fra EU's emissionshandelsordning, havde disse selskaber opnået en uberettiget konkurrencefordel i forhold til deres europæiske konkurrenter. En sådan fremgangsmåde havde ikke været forenelig med princippet om rimelig og lige adgang, sådan som det er defineret i artikel 2 i aftalen om »Open Skies« og i øvrigt også ligger til grund for selve direktiv 2008/101¹⁶⁷.

200. Havde EU-lovgiver undtaget flyvninger fra eller til en flyveplads i en tredjestat fra EU's emissionshandelsordning, havde der — f.eks. med hensyn til transatlantiske flyvninger — været risiko for, at langdistanceflyvninger blev stillet gunstigere end kortdistanceflyvninger. En sådan begunstiggelse ville, henset til direktiv 2008/101's målsætning, ligeledes ikke været begrundet. EU-lovgiver ønskede i videst muligt omfang at inddrage luftfarten

164 — Arcelor-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 163, præmis 26, og Test-Achats-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 163, præmis 29, samt dom af 17.3.2011, sag C-221/09, AJD Tuna, Sml. I, s. 1655, præmis 93, og af 12.5.2011, sag C-176/09, Luxembourg mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 3727, præmis 32.

165 — Tredje, fjerde, tiende og ellefte betragtning til direktiv 2008/101.

166 — Anden, syvende og ottende betragtning til direktiv 2008/101 skal læses sammenholdt med femte betragtning til direktiv 2003/87.

167 — 16. betragtning til direktiv 2008/101.

i EU's emissionshandelsordning med det formål at reducere drivhusgasemissioner hidrørende fra luftfarten.

201. Sammenfattende ses der følgelig ikke at foreligge nogen tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling i artikel 2 og artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies«.

— Intet forbud mod enegang uden for ICAO

202. Sagsøgerne i hovedsagen har desuden påberåbt sig artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«, fordi den — ad omveje via henvisningen til artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies« — henviser til artikel 15 i Chicagokonventionen. Støttet på denne kæde af henvisninger har de, i lighed med argumentet ovenfor i forbindelse med artikel 2, stk. 2, i Kyotoprotokollen, gjort gældende, at Den Europæiske Union ikke på egen hånd måtte underkaste luftfarten en emissionshandelsordning.

203. Hertil skal det bemærkes, at artikel 15 i Chicagokonventionen, der omhandler lufthavns- og lignende afgifter samt generelt adgangen til lufthavne, ikke indeholder nogen

konkret bestemmelse om, hvorvidt det er tilladt eller ikke at handle ensidigt i forbindelse med indførelsen af en emissionshandelsordning for luftfarten. Det er derfor lidet sandsynligt, at parterne i aftalen om »Open Skies« alene med henvisningen til artikel 15 i Chicagokonventionen ønskede at indføre en sådan ordning »ad bagdøren«, ikke mindst set i lyset af, at de indbyrdes ikke var enige på dette punkt¹⁶⁸.

204. Tværtimod viser et blik på den nye artikel 15, stk. 7, i aftalen om »Open Skies«, som affattet ved ændringsprotokollen fra 2010, at de kontraherende parter på ingen måde ønskede at udelukke anvendelsen af »markedsbaserede foranstaltninger i henseende til luftfartsemmissioner«, selv hvis disse indføres

168 — I punkt 54 i konsultationsmemorandummet vedrørende aftalen om »Open Skies«, EFT 2007 L 134, s. 33, og i punkt 11 i konsultationsmemorandummet vedrørende ændringsprotokollen fra 2010, EUT 2010 L 223, s. 16, anerkender begge delegationer, at bestemmelserne i aftalen om »Open Skies« »på [in]gen måde berører deres respektive retlige og politiske stillingtagen til forskellige miljøspørgsmål med tilknytning til luftfart«. Ganske vist fremhæves i punkt 35 i memorandummet fra 2007 med hensyn til artikel 15 i aftalen om »Open Skies« betydningen af en internationale konsensus i miljøspørgsmål i ICAO's regi, og der manes til overholdelse af resolution A35-5 fra ICAO's 35. samling i september 2004. Der kan dog hverken af dette memorandum eller af resolution A35-5 udledes et udtrykkeligt, juridisk bindende forbud mod ensidige foranstaltninger med hensyn til emissionshandlen. Tværtimod går resolution A35-5 i dens tillæg H, punkt 2, litra c), ind for en åben emissionshandel og udelukker ikke, at stater inddrager emissioner hidrørende fra den internationale luftfart i deres emissionshandelsordninger, jf. herom også niende betragtning til direktiv 2008/101.

ensidigt. For i dette nye stykke er der udtrykkeligt tale om mulige overlapninger og om anbefalinger fra Det Fælles Udvalg med henblik på at undgå »overlappende foranstaltninger og omkostninger«.

c) Ingen tilsidesættelse af forbuddet mod afgifter for luftfartøjers ankomst og afgang [fjerde spørgsmål, litra b)]

205. I sidste ende kan artikel 15 i Chicagokonventionen derfor kun spille en rolle i forbindelse med artikel 3, stk. 4, sammenholdt med artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«, for så vidt som der over for en kontraherende part af miljøhensyn ensidigt stilles krav om begrænsning af tjenesteydelsestrafikmængde, frekvens eller regelmæssighed eller den type luftfartøjer, der anvendes, eller om ruteplaner, programmer for charterflyvning eller driftsplaner for luftfartsselskaber. Med hensyn til sådanne tilfælde bestemmer artikel 3, stk. 4, i aftalen om »Open Skies«, at der skal anvendes »ensartede vilkår, som er i overensstemmelse med [Chicagokonventionens artikel 15]«. Den udtrykker således blot det forbud mod forskelsbehandling, der — som anført ovenfor¹⁶⁹ — ikke tilsidesættes af direktiv 2008/101.

207. Den anden del af det fjerde spørgsmål omhandler problemet, om udvidelsen af EU's emissionshandelsordning til at omfatte den internationale luftfart er i strid med det folkeretlige forbud mod afgifter for luftfartøjers ankomst og afgang, således som det følger af Chicagokonventionens artikel 15, hvorved sidstnævnte bestemmelse inddrages »i sig selv eller sammenholdt med« artikel 3, stk. 4, og artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«.

208. Isoleret betragtet kan Chicagokonventionen, som tidligere nævnt, ikke anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter¹⁷¹. Konventionens artikel 15 finder dog anvendelse via henvisningen i artikel 3, stk. 4, sammenholdt med artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«.

206. Hvad endelig angår spørgsmålet, om EU's emissionshandelsordning skal betragtes som lufthavnsafgift eller lignende afgift som omhandlet i Chicagokonventionens artikel 15, henviser jeg til min nedenstående redegørelse vedrørende den anden del af det fjerde spørgsmål [fjerde spørgsmål, litra b)]¹⁷⁰.

209. Af særlig betydning er i den foreliggende sammenhæng det sidste punktum i Chicagokonventionens artikel 15, hvorefter ingen af de kontraherende stater må pålægge noget i en kontraherende stat hjemmehørende luftfartøj eller personer eller gods ombord deri gebyrer, afgifter eller andre omkostninger

169 — Jf. herom ovenfor, pkt. 195-201 i dette forslag til afgørelse.
170 — Jf. nedenfor, punkt 207-221 i dette forslag til afgørelse.

171 — Jf. ovenfor, punkt 51-66 i dette forslag til afgørelse.

alene for retten til overflyvning over, ankomst til eller afgang fra dens territorium.

210. Sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, er af den opfattelse, at der med EU's emissionshandelsordning netop indføres et sådant gebyr for ankomst eller afgang, hvilket er i strid med det sidste punktum i Chicagokonventionens artikel 15.

211. Hertil skal det bemærkes, at den sidste sætning i Chicagokonventionens artikel 15 ikke må betragtes løsrivet fra denne bestemmelses samlede kontekst. Som det nemlig fremgår af artikel 15, første afsnit, tager denne bestemmelse som helhed sigte på, at alle luftfartøjer uanset deres nationalitet gives adgang til de kontraherende staters offentlige lufthavne »på tilsvarende vilkår«. Med udgangspunkt heri bestemmer artikel 15, andet afsnit, at de afgifter for benyttelsen af lufthavne og luftfartshjælpemidler, som pålægges luftfartøjer, hjemmehørende i andre kontraherende stater, ikke må overstige de afgifter, der pålægges indenlandske luftfartøjer. I sidste ende er der altså i artikel 15 fastsat et forbud mod forskelsbehandling af luftfartøjer på grundlag af deres nationalitet med hensyn til adgangen til de kontraherende staters lufthavne. I fuld overensstemmelse hermed fortsætter artikel 15, tredje afsnit, med formuleringen »Alle sådanne afgifter [...]«.

212. Hvis man fortolker artikel 15 i sin helhed alene som udtryk for et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, foreligger der ingen betænkeligheder med hensyn til foreneligheden af EU's emissionshandelsordning med denne bestemmelse, da denne ordning finder anvendelse på samme måde på alle luftfartøjer uanset deres nationalitet.

213. Men selv såfremt det sidste afsnit i Chicagokonventionens artikel 15 er mere end blot et udtryk for forbuddet mod forskelsbehandling og skal forstås som et mere vidtgående forbud mod visse afgifter og gebyrer, er denne bestemmelse ikke til hinder for EU's emissionshandelsordning. Der opkræves nemlig ingen afgifter eller andre gebyrer af luftfartsselskaber inden for rammerne af EU's emissionshandelsordning, og da slet ikke sådanne, der pålægges »alene for retten til overflyvning over, ankomst til eller afgang fra dens territorium«.

214. Gebyrer pålægges som modydelse for en offentlig ydelse, som man har gjort brug af¹⁷². Beløbsstørrelsen fastsættes ensidigt af

172 — Det ser ud til at begrebet gebyr også fortolkes således i ICAO: »A charge is a levy that is designed and applied specifically to recover the costs of providing facilities and services for civil aviation.« Jf. ICAO-Rådets publikation »ICAO's Policies on Charges for Airports and Air Navigation Services«, 7. opl., 2004, dok. nr. 9082/7, forordet, punkt 3. Jf. endvidere femte betragtning til ICAO-Rådets resolution af 9.12.1996 om miljøafgifter og skatter, ICAO Council Resolution on environmental charges and taxes.

det offentlige og kan beregnes på forhånd. Også andre afgifter, herunder skatter, fastsættes ensidigt af det offentlige og er underlagt på forhånd fastlagte kriterier, f.eks. skatteprocent og beregningsgrundlag.

215. En emissionshandelsordning som Den Europæiske Unions er derimod en markedsbaseret foranstaltning. Der skal ikke betales afgifter eller gebyrer for erhvervelsen af emissionskvoter. Tværtimod tildeles indtil videre 85 % af kvoterne helt uden vederlag, og kun de resterende 15 % af kvoterne bortaktioneres (artikel 3d, stk. 1 og 2, i direktiv 2003/87). For så vidt angår de sidstnævnte kvoter ligger prisen heller ikke fast, men afhænger alene af udbud og efterspørgsel. Hvis emissionskvoter på et senere tidspunkt, efter de kompetente myndigheders tildeling af disse, handles på markedet, afhænger prisen også her af udbud og efterspørgsel og er ikke fastsat på forhånd.

216. Det ville, mildest talt, være usædvanligt at betegne den købspris, der betales for en emissionskvote, og som dannes ved markedskræfternes frie spil på grundlag af udbud og efterspørgsel, som gebyr eller skat, selv om medlemsstaterne med hensyn til anvendelsen af provenuet er overladt et vist skøn (artikel 3d, stk. 4, i direktiv 2003/87).

217. I øvrigt betales prisen for emissionskvoter ikke »alene for retten til overflyvning

[...], ankomst [...] eller afgang [...]«, sådan som en anvendelse af artikel 15, sidste punktum, i Chicagokonventionen ville fordrer. Ganske vist forpligter enhver start og enhver landing på flyvepladser i Den Europæiske Union operatøren af luftfartøjet til at indløse de dertil svarende emissionskvoter inden for en bestemt frist (artikel 12, stk. 2a, i direktiv 2003/87). Derved »betales« der imidlertid ikke for de pågældende starter og landinger, men der tages derimod hensyn til de drivhusgasemissioner, som de tilhørende flyvninger har forårsaget, uanset om der var tale om flyvninger inden for EU eller om flyvninger, der krydser EU's grænser.

218. I ICAO's organer sondres der ligeledes mellem miljøafgifter på den ene side og emissionshandelsordninger på den anden¹⁷³. Mange af de institutioner og regeringer, der har deltaget i den præjudicielle procedure har påpeget dette.

219. Hvis ICAO ønskede, at emissionshandelsordninger skulle omfattes af forbuddet mod gebyrer eller andre afgifter som omhandlet i Chicagokonventionens artikel 15, kunne ICAO næppe i sine organer anbefale retningslinjer for deres kontraherende

173 — En sådan sondring findes f.eks. i resolution A36-22 fra ICAO's 36. samling i september 2007, bilag L, punkt 1. Her omtales i litra a) emissionsrelaterede afgifter og skatter (»Emissions-related charges and taxes«) og i litra b) emissionshandel (»Emissions trading«).

stater eventuelle indførelse af netop sådanne ordninger¹⁷⁴.

220. De kontraherende parter i aftalen om »Open Skies« går, således som den nye artikel 15, stk. 7, i aftalen om »Open Skies«, som affattet ved ændringsprotokollen fra 2010, viser, ligeledes ud fra, at markedsbaserede foranstaltninger principielt er tilladt. Denne nye bestemmelse ville ikke give mening, hvis de kontraherende parter anså sådanne foranstaltninger for at være i strid med Chicagokonventionens artikel 15, hvortil aftalen om »Open Skies« som bekendt henviser.

221. På denne baggrund kan det ikke lægges til grund, at EU's emissionshandelsordning er i strid med artikel 15 i Chicagokonventionen, sammenholdt med artikel 3, stk. 4, og artikel 15, stk. 3, i aftalen om »Open Skies«.

d) Ingen tilsidesættelse af forbuddet mod skatter og afgifter på brændstof [fjerde spørgsmål, litra c)]

222. Med den tredje del af det fjerde spørgsmål ønskes endelig oplyst, om EU-lovgiver

ved at inddrage den internationale luftfart i EU's emissionshandelsordning har handlet i strid med det folkeretlige forbud mod afgifter og told på brændstof, således som det følger af artikel 24, litra a), i Chicagokonventionen og af artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies«.

223. Da Chicagokonventionen, som allerede nævnt, ikke kan anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter¹⁷⁵, kan dette sidste spørgsmål fra den forelæggende ret kun besvares med hensyn til aftalen om »Open Skies«¹⁷⁶. Denne aftales artikel 11, stk. 2, litra c), skal imidlertid fortolkes under hensyn til artikel 24, litra a), i Chicagokonventionen, som både USA og alle EU-medlemsstater er part i¹⁷⁷.

224. I henhold til artikel 11, stk. 2, litra c), sammenholdt med stk. 1 i aftalen om »Open Skies«, er brændstof indført til eller leveret på en parts territorium til brug i luftfartøjer, der benyttes i international lufttransport, på et gensidigt grundlag fritaget for visse afgifter, herunder for told og punktafgifter. Artikel 24, litra a), andet punktum, i Chicagokonventionen bestemmer, at brændstof, som forefindes ombord i et luftfartøj, er fritaget

¹⁷⁵ — Jf. ovenfor, punkt 51-66 i dette forslag til afgørelse.

¹⁷⁶ — Som der dog er redegjort for ovenfor, jf. punkt 104 i dette forslag til afgørelse, kan borgerne ikke direkte påberåbe sig artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies«.

¹⁷⁷ — I denne retning Intertanko-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 52 in fine.

¹⁷⁴ — Disse retningslinjer findes i bilaget til resolution A37-19 fra ICAO's 37. samling i oktober 2010.

for toldafgifter, undersøgelsesafgifter eller lignende af staten eller lokalt pålagte afgifter og gebyrer. I det væsentlige forbyder begge bestemmelser således bl.a., at brændstof til luftfartøjer i den internationale luftfart pålægges told og punktafgifter.

i) Om forbuddet mod punktafgifter på brændstof

225. Sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, mener, at der med EU's emissionshandelsordning indføres en punktafgift på brændstof, som er forbudt i henhold til artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies« og artikel 24, litra a), i Chicagokonventionen.

226. Denne opfattelse kan jeg ikke tilslutte mig.

227. EU's emissionshandelsordning kan under ingen omstændigheder anses for en afgift af de samme grunde, som gør, at den heller ikke kan klassificeres som gebyr¹⁷⁸.

228. Artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies« og artikel 24, litra a), i Chicagokonventionen adskiller sig også i øvrigt fra EU's emissionshandelsordning for så vidt angår deres for mål og genstand.

229. Hvad for det første angår bestemmelsernes formål beskytter artikel 11 i aftalen om »Open Skies« og artikel 24 i Chicagokonventionen en kontraherende stats luftfartselskaber imod, at deres luftfartøjer og deres beholdninger, blot fordi de lander i andre kontraherende stater, behandles som »importerede«. De skal altså friholdes for visse afgifter, som varer, der føres ind i landet, normalt pålægges. EU-emissionshandelsordningen forfølger derimod en helt anden målsætning. Den skal bidrage til beskyttelsen af miljøet og opbremsningen af den globale opvarmning og har intet at gøre med import eller eksport af genstande. I overensstemmelse hermed pålægges de emissionskvoter, der skal indløses for flyvninger med start eller landing på flyvepladser i Den Europæiske Union, på grund af emissionen af drivhusgasser og ikke på grund af det blotte forbrug af brændstof.

230. For så vidt angår bestemmelsernes genstand bemærkes det, at artikel 11 i aftalen om »Open Skies« og artikel 24, litra a), i Chicagokonventionen vedrører den brændstofmængde, der forefindes ombord i det pågældende luftfartøj eller leveres til dette luftfartøj, dvs. dets *beholdning af brændstof*. Heroverfor tager EU's emissionshandelsordning udgangspunkt i det *faktiske brændstofforbrug*

178 — Jf. herom min redegørelse vedrørende fjerde spørgsmål, litra b), punkt 213-221 i dette forslag til afgørelse.

for luftfartøjet på en konkret flyvning. Luftfartøjets brændstofbeholdning, som aftalen om »Open Skies« og Chicagokonventionen omhandler, gør det i sig selv ikke muligt at drage direkte konklusioner vedrørende den mængde drivhusgasser, som dette luftfartøj har udledt på en konkret flyvning¹⁷⁹. Emissionskvoter skal ikke indløses, fordi et luftfartøj har brændstof ombord eller tanker brændstof, men derimod fordi det gennem forbrændingen af dette brændstof under flyvningen forårsager drivhusgasemissioner.

231. Den antagelse, at luftfartøjers brændstof som sådan med EU's emissionshandelsordning pålægges en punktafgift, kan heller ikke støttes på Braathens-dommen¹⁸⁰, som sagsøgerne i hovedsagen og de sammenslutninger, der støtter dem, har fremført. Ganske vist fastslog Domstolen i den pågældende sag om en svensk miljøafgift af indenrigsluftfart, at denne skulle anses for en punktafgift, fordi den — i al fald delvis — tog udgangspunkt i luftfartøjers brændstofforbrug. Der er dog to grunde til, at Braathens-dommen ikke kan overføres på den foreliggende sag.

232. For det første vedrørte Braathens-dommen to direktiver, der tog sigte på skabelsen af et samlet europæisk marked, hvorved punktafgiftsstrukturen for mineralolie harmoniseres internt i Fællesskabet¹⁸¹. På baggrund af denne målsætning for politikkerne på det indre marked kan man forstå den forholdsvis vide fortolkning af begrebet punktafgift, som Domstolen anlagde i denne dom. Det er ikke nødvendigt i den foreliggende sag. Hverken aftalen om »Open Skies« eller Chicagokonventionen foretager en harmonisering af de strukturelle kendetegn ved de nationale retsfor skrifter vedrørende punktafgifter, der kan sammenlignes med direktiverne om EU's indre marked.

233. For det andet forelå der i Braathens-sagen en umiddelbar og uadskillelig sammenhæng mellem brændstofforbruget og de forurenende stoffer, som luftfartøjerne udledte, og som netop var grunden til pålæggelsen af den svenske miljøafgift¹⁸². I EU's emissionshandelsordning findes der derimod ikke en sådan umiddelbar og uadskillelig sammenhæng. Brændstofforbruget alene, isoleret betragtet, gør det ikke muligt at drage umiddelbare konklusioner vedrørende de drivhusgasser, der udledes på den enkelte flyvning, idet der desuden afhængigt af det anvendte brændstof skal fastsættes en emissionsfaktor. Denne faktor kan ved brændstoffer, som

179 — Det faktiske brændstofforbrug beregnes, idet der fra mængden af brændstof i luftfartøjets brændstoftanke efter endt brændstofpåfyldning til flyvningen fratrækkes mængden af brændstof i luftfartøjets brændstoftanke efter endt brændstofpåfyldning til den efterfølgende flyvning og tillægges brændstofpåfyldningen til denne efterfølgende flyvning (bilag IV, del B, tredje afsnit, sidste punktum, i direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2008/101.

180 — Dom af 10.6.1999, sag C-346/97, Sml. I, s. 3419.

181 — Rådets direktiv 92/81/EØF af 19.10.1992 om harmonisering af punktafgiftsstrukturen for mineralolier, EFT L 316, s. 12, og Rådets direktiv 92/12/EØF af 25.2.1992 om den generelle ordning for punktafgiftspligtige varer, om oplægning og omsætning heraf samt om kontrol hermed, EFT L 76, s. 1.

182 — Braathens-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 180, præmis 23.

EU-lovgiver anser for særligt miljøvenlige, være nul, således som det er tilfældet for biomasse¹⁸³.

iii) Foreløbig konklusion

234. Sammenfattende kan EU's emissions-handelsordning således ikke anses for en forbudt punktafgift på brændstof som om-handlet i artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies« eller artikel 24, litra a), i Chicagokonventionen.

236. Direktiv 2008/101 er ikke i strid med artikel 11, stk. 2, litra c), i aftalen om »Open Skies«, fortolket under hensyn til artikel 24, litra a), i Chicagokonventionen.

ii) Om forbuddet mod told på brændstof

C — *Sammenfatning*

235. Det skal blot for fuldstændighedens skyld tilføjes, at der med EU's emissions-handelsordning heller ikke pålægges brændstof nogen told. Told er nemlig en afgift, der pålægges en vare ved en grænseoverskridelse, dvs. ved varens import eller eksport. Heroverfor skal emissionskvoter netop ikke indløses, fordi brændstof transporteres over toldgrænser, men på grund af udledningen af drivhusgasser under en bestemt flyvning. Emissionskvoter skal også indløses for flyvninger internt i Unionen, ved hvilke der slet ikke krydses nogen toldgrænser.

237. Sammenfattende må det konkluderes, at direktiv 2008/101 (respektive direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2008/101) er forenelig med alle de bestemmelser og principper i folkeretten, der er anført i anmodningen om præjudiciel afgørelse.

238. I overensstemmelse hermed giver de spørgsmål, der er behandlet i den foreliggende sag, heller ingen anledning til at fortolke eller anvende direktivet restriktivt, henset til nogen af de nævnte bestemmelser eller principper.

239. På baggrund af ovenstående betragtninger skal den forelæggende rets spørgsmål besvares med, at gennemgangen af de præjudicielle spørgsmål intet har frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2008/101.

183 — Bilag IV, del B, femte afsnit, sidste punktum, i direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2008/101.

VI — Forslag til afgørelse

240. På grundlag heraf foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra High Court of Justice således:

- »1) Af de i det første præjudicielle spørgsmål nævnte folkeretlige bestemmelser og principper kan alene artikel 7 og artikel 15, stk. 3, andet punktum, i lufttransportaftalen mellem Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater på den ene side og Amerikas Forenede Stater på den anden, undertegnet i april 2007, anvendes som kriterium for en prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter i søgsmål anlagt af fysiske eller juridiske personer.

- 2) Gennemgangen af de præjudicielle spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af direktiv 2003/87/EF, som ændret ved direktiv 2008/101/EF.«