

DOMSTOLENS DOM  
av den 11 april 1989\*

I mål 66/86

har Bundesgerichtshof till domstolen gett in en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 i EEG-fördraget i det mål som pågår vid den nationella domstolen mellan

- 1) Ahmed Saeed Flugreisen
- 2) Silver Line Reisebüro GmbH

och

**Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.** (grupp för bekämpning av illojal konkurrens).

Begäran avser tolkningen av artiklarna 5 andra stycket, 85, 86, 88, 89 och 90 i EEG-fördraget.

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden O. Due, avdelningsordförandena T. Koopmans, R. Joliet, T. F. O'Higgins och F. Grévisse samt domarna Sir Gordon Slynn, G. F. Mancini, C. N. Kakouris, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, G. C. Rodríguez Iglesias, M. Díez de Velasco och M. Zuleeg,

generaladvokat: C. O. Lenz,  
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H. A. Rühl,

som beaktat yttrandena från

\* Rättegångsspråk: tyska.

- Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, sökande i målet vid den nationella domstolen, genom advokaten Dr. H. Kroitzsch, Karlsruhe,
- Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., svarande i målet vid den nationella domstolen, genom advokaten Dr. R. Friedrich, Karlsruhe,
- Förenade kungariket, genom S. Richards, i egenskap av ombud, biträdd under det muntliga förfarandet av D. Donaldson, QC,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom B. van der Esch och B. Jansen, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

som beaktat förhandlingsrapporten, kompletterad efter de muntliga förhandlingarna den 6 maj 1987, den 17 mars 1988 och den 15 november 1988, och

som hört generaladvokatens förslag till avgörande, framlagt vid sammanträde den 28 april och den 17 januari 1989,

meddelar följande

### dom

- 1 Genom beslut av den 30 januari 1986, som inkom till domstolen den 6 mars 1986, har Bundesgerichtshof enligt artikel 177 i EEG-fördraget ställt tre frågor om tolkningen av artiklarna 5, 85, 86, 88, 89 och 90 i fördraget för att bedöma huruvida viss praxis i samband med fastställandet av flygpriser för reguljärt passagerarflyg är förenlig med dessa bestämmelser.
- 2 Dessa frågor har uppkommit inom ramen för en tvist mellan Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., en tysk sammanslutning som har till uppgift att bekämpa illojal konkurrens (nedan kallad "Zentrale"), och två resebyråer som köpte upp flygbiljetter från flygbolag eller resebyråer etablerade i en annan stat vilka biljetter var utställda i den statens valuta. På biljetterna angavs en utgångspunkt i denna stat men köparna av biljetterna hade i själva verket stigit ombord planet på en tysk flygplats där reguljärplanet mellanlandade. Genom att sälja dessa biljetter påstods de båda tyska resebyråerna ha brutit mot 21 § andra stycket tredje meningen i Luftverkehrsgesetz (den tyska luftfartslagen) enligt vilken det är förbjudet att inom tyskt territorium tillämpa flygpriser som inte har godkänts av den

behöriga förbundsministern. De skulle därmed även ha gjort sig skyldiga till illojal konkurrens, eftersom priserna på de flygbiljetter som de sålde var lägre än de godkända flygpriser som deras konkurrenter tillämpade.

3 Domstolarna i första och andra instans biföll Zentrales yrkande och förbjöd vid vite resebyråerna att fortsätta att sälja de omtvistade biljetterna. Bundesgerichtshof, dit målet överklagades, ansåg att resebyråernas beteende stred mot gällande bestämmelser i tysk lag. Vid Bundesgerichtshof uppkom emellertid frågan om inte dessa bestämmelser strider mot gemenskapsrätten, särskilt konkurrensreglerna i EEG-fördraget.

4 Det var mot denna bakgrund som Bundesgerichtshof förklarade målet vilande för att till domstolen ställa följande tolkningsfrågor:

”1. Är bilaterala eller multilaterala avtal om flygpriser för reguljärflyg (t.ex. IATA-resolutioner) som ett eller flera lufttrafikföretag med säte i en av EEG:s medlemsstater deltar i ogiltiga enligt artikel 85.2 på grund av att de strider mot artikel 85.1 i EEG-fördraget, även om varken medlemsstatens myndighet (artikel 88 i EEG-fördraget) eller kommissionen (artikel 89 i EEG-fördraget) har fastslagit att de är oförenliga med bestämmelserna i artikel 85 i EEG-fördraget?

2. Innebär den omständigheten att det för reguljärflyg uteslutande tillämpas sådana flygpriser ett missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 86 i EEG-fördraget?

3. Är det oförenligt med artiklarna 5 andra stycket och 90.1 i EEG-fördraget och därmed ogiltigt att en medlemsstats tillsynsmyndighet godkänner sådana flygpriser, även om kommissionen inte har invänt mot detta godkännande (artikel 90.3 i EEG-fördraget)?”

5 Det bör erinras om att domstolen under det skriftliga förfarandet i detta mål den 30 april 1986 meddelade dom i de förenade målen 209-213/84 Asjes (Rec. 1986, s. 1457), enligt vilken förbudet i artikel 85.1 och den ogiltighet som avses i artikel 85.2 – i avsaknad av regler om tillämpning av artikel 85 i fördraget på luftfart, som rådet skall anta enligt artikel 87 – endast kan gälla sådana avtal mellan företag och beslut av företagssammanslutningar beträffande vilka myndigheterna i medlemsstaterna med stöd av artikel 88 i fördraget beslutat att de skall omfattas av förbudet i artikel 85.1 och att de inte kan undantas i enlighet med artikel 85.3, eller beträffande vilka kommis-

sionen fastslagit att det föreligger en överträdelse i enlighet med artikel 89.2. Härav följer att eftersom det saknas tillämpningsbestämmelser när det gäller luftfart är övergångsbestämmelserna i artiklarna 88 och 89 fortfarande tillämpliga.

- 6 Efter det att ett första sammanträde hade hållits i föreliggande mål antog rådet den 14 december 1987 en rad rättsakter, bl.a. om tillämpningen av konkurrensregler på företag inom luftfartssektorn. Med hänsyn till denna utveckling återupptog domstolen det muntliga förfarandet för att ge parterna möjlighet att ta ställning till dessa nya reglers inverkan på de svar som skulle ges den nationella domstolen.
- 7 På grundval av de regler som utfärdats av rådet antog kommissionen den 26 juli 1988 förordningar om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på vissa grupper av avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden.
- 8 För en utförligare redovisning för omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen, tillämplig nationell lagstiftning, rättegångens förlopp samt de yttranden som framförts till domstolen hänvisas till förhandlingsrapporten. Handlingarna i målet i dessa delar återges i det följande endast i den mån domstolens argumentering kräver det.
- 9 För att bedöma vilken betydelse de nya reglerna om hur konkurrensrätten skall tillämpas på luftfarten har för lösningen av de problem som tas upp i tolkningsfrågorna, är det nödvändigt att först granska innehållet i dessa regler vars förenlighet med fördraget i övrigt inte har ifrågasatts i föreliggande mål. Därefter bör de två ämnen som frågorna tar upp, dvs. bilaterala och multilaterala avtal som ingåtts av flygbolag samt luftfartsmyndigheters godkännande av flygpriser som är en följd av sådana avtal, prövas var för sig. I samband med detta kommer domstolen först att behöva ta ställning till tolkningen av artiklarna 85 (den första frågan) och 86 (den andra frågan), som rör företags beteende, och därefter tolkningen av artiklarna 5 och 90 (den tredje frågan) som särskilt rör de offentliga myndigheternas roll.

**a) De nya reglerna**

- 10 Följande rättsakter antogs av rådet den 14 december 1987: förordning nr 3975/87 om förfarandet för tillämpning av konkurrensreglerna på företag inom luftfartssektorn (EGT nr L 374, s. 1; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå), förordning nr 3976/87 om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden inom luftfartssektorn (EGT nr L 374, s. 9; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå), direktiv 87/601/EEG om flygpriser för reguljärflyg mellan medlemsstaterna (EGT nr L 374, s. 12; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå) och beslut 87/602/EEG om fördelning av passagerarkapaciteten mellan lufttrafikföretag i reguljär lufttrafik mellan medlemsstaterna och om lufttrafikföretags tillgång till flyglinjer avseende reguljär lufttrafik mellan medlemsstaterna (EGT nr L 374, s. 19; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå).
- 11 Samtliga rättsakter gäller endast internationell luftfart mellan flygplatser inom gemenskapen (artikel 1.2 i förordning nr 3975/87; artikel 1 i förordning nr 3976/87; artikel 1.1 i direktiv 87/601; artikel 1 i beslut 87/602). Luftfart mellan flygplatser inom en och samma medlemsstat och mellan en medlemsstat och tredje land omfattas alltså inte av de nya reglerna.
- 12 I ovan nämnda förordning nr 3975/87 fastställs tillämpningsbestämmelser för fördragets konkurrensregler inom den på detta sätt avgränsade sektorn. Enligt övervägandena i ingressen syftar förordningen särskilt till att ge kommissionen möjligheter att inom denna sektor undersöka fall av misstänkta överträdelser av artiklarna 85 och 86, samt befogenhet att fatta beslut eller ålägga påföljder för att få konstaterade överträdelser att upphöra. Artikel 8-18 i denna förordning innehåller en rad bestämmelser om undersökningar som kommissionen skall genomföra, om samarbetet mellan denna institution och medlemsstaternas myndigheter, om böter och viten som kan åläggas samt om det förfarande som skall följas.
- 13 Kommissionens tillämpning av artikel 85.3 behandlas i artikel 5-7 i förordningen som fastställer ett särskilt "invändningsförfarande". Företag och företagssammanslutningar som önskar beviljas ett undantag enligt denna bestämmelse i fördraget skall inkomma med en ansökan till kommissionen. Efter att ha fastställt att ansökan kan behandlas, att den åtföljs av nödvändiga bevishandlingar och att inget rättsligt förfarande om överträdelse har inletts

angående avtalet, beslutet eller det samordnade förfarandet i fråga, skall kommissionen offentliggöra ett sammandrag av ansökan i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Undantag anses ha beviljats om kommissionen inte meddelar de sökande inom en tidsfrist på 90 dagar från dagen för offentliggörandet i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* att det föreligger tvivel om att undantag kan beviljas. Ett på detta sätt beviljat undantag har retroaktiv verkan och är giltigt under en sexårsperiod från dagen för offentliggörandet i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Kommissionen kan emellertid efter utgången av tidsfristen på 90 dagar men före utgången av sexårsperioden besluta att villkoren för tillämpning av artikel 85.3 inte är uppfyllda och att förbudet i artikel 85.1 skall tillämpas. Ett sådant beslut kan i de fall som fastställs i förordningen (artikel 5.3 andra stycket) ha retroaktiv verkan.

- 14 Genom förordning nr 3976/87 bemyndigas kommissionen att genom förordning och i enlighet med artikel 85.3 förklara att förbudet i artikel 85.1 inte gäller vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden, vilka definieras i förordningen (artikel 2.2). Enligt övervägandena i ingressen utgår förordningen från uppfattningen att luftfartssektorn hittills har reglerats genom ett nätverk av internationella avtal, bilaterala avtal mellan stater samt bilaterala och multilaterala avtal mellan lufttrafikföretag och att de ändringar i detta internationella regelverk som är nödvändiga för att öka konkurrensen bör införas gradvis för att ge den berörda sektorn tid att anpassa sig.
- 15 Kommissionen har utnyttjat detta bemyndigande genom att anta förordningarna nr 2671, 2672 och 2673/88 av den 26 juli 1988 (EGT nr L 239, ss. 9, 13 och 17; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå). Genom dessa förordningar beviljas gruppundantag i den mening som avses i förordning nr 3976/87 för grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden som dels rör gemensam planering och samordning av kapacitet, intäktsfördelning, samråd om flygpriser för reguljär lufttrafik och fördelning av avgångs- och ankomsttider på flygplatser, dels datoriserade boknings-system för luftfarts trafik och slutligen service vid mellanlandningar.
- 16 När det gäller flygpriser för reguljär lufttrafik är syftet med rådets direktiv 87/601 att fastställa gemensamma regler om kraven för godkännande av flygpriser av medlemsstaternas luftfartsmyndigheter, och att införa förfaranden för lufttrafikföretagens framläggande av prisförslag. Det framgår av det femte övervägandet i ingressen till detta direktiv att denna rättsakt grundar sig på uppfattningen att lufttrafikföretagen bör ha rätt att antingen

individuellt eller efter samråd med andra lufttrafikföretag föreslå flygpriser, särskilt i syfte att fastställa villkoren för interlining-avtal, med tanke på de betydande fördelar som sådana avtal medför. Direktivet föreskriver att rabatterade priser och kraftigt rabatterade priser som uppfyller villkoren i artikel 5 automatiskt skall godkännas.

- 17 Förutom att kommissionens förordning nr 2671/88 utvidgar undantaget till att omfatta samråd om gemensam planering av prisförslag, fastställs under vilka omständigheter samråd om flygpriser omfattas av undantaget. Samråden får i synnerhet inte leda till avtal om flygpriser, och de förslag som samråden eventuellt leder till får inte vara bindande för deltagarna, som även i fortsättningen skall ha rätt att föreslå andra flygpriser och när dessa väl har godkänts tillämpa dem (artikel 4.1a, 4.1 e och 4.1 f).
- 18 Det är mot bakgrund av alla dessa bestämmelser som tillämpningen av fördragets konkurrensregler på de avtal som den nationella domstolen åsyftar måste prövas.

## b) Artikel 85

- 19 Tolkningsfrågorna rör avtal som ingås mellan två eller flera lufttrafikföretag i syfte att fastställa flygpriser för reguljärflyg på en bestämd flyglinje eller bestämda flyglinjer. Det måste först konstateras att sådana avtal utgör konkurrensbegränsande samverkan som går ut på att direkt eller indirekt fastställa inköps- eller försäljningspriser för en viss transaktion i den mening som avses i artikel 85.1 a i fördraget. Verkan av avtalen kan t.o.m. bli att undanröja all priskonkurrens mellan de olika lufttrafikföretag som har passagerartrafik på de flyglinjer som omfattas av avtalen.
- 20 Såsom domstolen emellertid har slagit fast i den ovan nämnda domen av den 30 april 1986 kan, med förbehåll för tillämpningen av artiklarna 88 och 89 i fördraget, den ogiltighetspåföljd som föreskrivs i artikel 85.2 inte drabba de prisavtal som avses i artikel 85.1 förrän efter ikraftträdandet av gemenskapsbestämmelser utfärdade på grundval av artikel 87 i syfte att närmare utforma kommissionens befogenheter enligt artikel 85.3 och därmed genomföra den konkurrenspolitik som eftersträvas genom fördraget.

- 21 Såsom redan anförts ovan gäller de gemenskapsbestämmelser som antagits i fråga om luftfart endast internationell luftfart mellan flygplatser inom gemenskapen. Av detta måste den slutsatsen dras att nationell luftfart och luftfart till och från tredje land fortfarande omfattas av övergångsbestämmelserna i artiklarna 88 och 89 och att det system som beskrivs i domen av den 30 april 1986 ännu gäller i fråga om sådan luftfart.
- 22 Det måste därför prövas hur ogiltighetspåföljden kan påverka avtal som omfattas av de nya regler som antagits av rådet, dvs. de regler som gäller flygpriser för reguljärflyg mellan flygplatser i olika medlemsstater.
- 23 Det måste i detta hänseende först konstateras att sådana avtal inte kan omfattas av ett gruppundantag enligt kommissionens förordningar, eftersom detta inte är möjligt enligt rådets förordning nr 3976/87. I kommissionens förordning nr 2671/88 föreskrivs för övrigt uttryckligen i artikel 4.1 f, att det undantag som beviljas den grupp avtal som handlar om samråd avseende flygpriser bara gäller i den mån samråden inte leder fram till något avtal om ersättning till agenter eller "om andra delar av aktuella flygpriser som är föremål för diskussion".
- 24 Det följer av det föregående att avtalen om flygpriser för internationella flygningar inom gemenskapen är ogiltiga enligt artikel 85.2, dock under förutsättning att inte annat följer av tillämpningen av artikel 5 i rådets förordning nr 3975/87 rörande invändningsförfarandet.
- 25 Det är nämligen möjligt att ett lufttrafikföretag anser att ett avtal om flygpriser är en del av ett mer övergripande arrangemang som på grund av sina positiva ekonomiska verkningar kan omfattas av ett undantag enligt artikel 85.3, och att detta företag lämnar in en ansökan härom till kommissionen i enlighet med artikel 5.1 i förordning nr 3975/87. Inom ramen för det förfarande som föreskrivs i artikel 5.2-5.4 i förordningen anses det undantag som ansökts avseende avtalet ha beviljats om kommissionen inte inom en tidsfrist på 90 dagar från dagen för offentliggörandet av ansökan i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* har uttryckt tvivel om att avtalet uppfyller kraven i artikel 85.3.
- 26 Ogiltighetspåföljd kan bara inträda i något av följande tre fall:
- Det har inte lämnats någon ansökan till kommissionen i enlighet med artikel 5.



- Ansökan har lämnats men avslagits av kommissionen inom den ovan nämnda tidsfristen på 90 dagar.
- Tidsfristen på 90 dagar har visserligen löpt ut utan att kommissionen har avgett svar, men undantagets giltighetsperiod på sex år har löpt ut, eller så har kommissionen återkallat undantaget under samma period.

27

Det kan visserligen vara svårt att fastställa om ett avtal mellan två flygbolag rörande reguljärflyg på en viss linje skall anses innefatta ett prisavtal som är förbjudet enligt artikel 85 i fördraget, eller om det endast rör samråd om flygpriser, vilket är tillåtet enligt rådets direktiv 87/601 och undantaget tillämpningen av artikel 85.1 genom kommissionens förordning nr 2671/88. Bestämmelserna i den sistnämnda förordningen innehåller emellertid vissa kriterier som kan tjäna som vägledning i denna fråga. Enligt artikel 4 i denna förordning får t.ex. det enda syftet med samråden vara gemensamt utarbetande av prisförslag som inte är bindande för deltagarna. Dessa skall även i fortsättningen ha rätt att föreslå de berörda luftfartsmyndigheterna andra flygpriser och när dessa väl har godkänts tillämpa dem. Samråden skall vidare vara öppna för deltagande av alla lufttrafikföretag som har ett intresse av flyglinjen i fråga.

28

Det skall tilläggas att när det gäller flygpriser för reguljärflyg som omfattas av de nya reglerna, dvs. internationella flygningar mellan flygplatser inom gemenskapen, kan avtal eller beslut av företagssammanslutningar om sådana priser alltid påverka handeln mellan medlemsstaterna.

29

Vad gäller tillämpningen av artikel 85 i fördraget blir svaret på den nationella domstolens fråga alltså följande: Bilateral eller multilaterala avtal om flygpriser för reguljärflyg är ogiltiga enligt artikel 85.2 i fördraget i följande fall:

- Vad gäller priser för flygningar mellan flygplatser inom en och samma medlemsstat eller mellan en flygplats i en medlemsstat och en flygplats i tredje land: när antingen myndigheterna i den medlemsstat där det ena flygbolaget har sitt säte eller kommissionen i enlighet med artikel 88 respektive 89 har fastställt att avtalet är oförenligt med artikel 85.
- Vad gäller priser för internationella flygningar mellan flygplatser inom gemenskapen: när det inte till kommissionen i enlighet med artikel 5 i förordning nr 3975/87 har lämnats någon ansökan om att avtalet skall

undantas från förbudet i artikel 85.1 eller när en sådan ansökan har lämnats men avslagits av kommissionen senast 90 dagar efter det att ansökan offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, eller när kommissionen inte har avgett något svar inom tidsfristen på 90 dagar, men undantagets giltighetsperiod på sex år som fastställs i tidigare nämnda artikel 5 har löpt ut eller kommissionen under samma period har återkallat undantaget.

### c) Artikel 86

30 Den fråga som först måste prövas är om det vid tillämpningen av artikel 86 bör göras samma åtskillnad som vid tillämpningen av artikel 85, dvs. mellan internationella flygningar mellan flygplatser i medlemsstaterna och andra flygningar.

31 Kommissionen och den brittiska regeringen har föreslagit att denna fråga skall besvaras jakande. De har gjort gällande att eftersom nödvändiga tillämpningsbestämmelser saknas om ett systematiskt genomförande av artikel 86, vilket även gäller artikel 85, kan åtgärder mot missbruk av en dominerande ställning bara vidtas enligt artiklarna 88 och 89 i fördraget. De har härvidlag hänvisat till ordalydelsen i dessa bestämmelser, i vilka det inte görs någon åtskillnad mellan artiklarna 85 och 86, samt till att den typ av bedömningar som skall företas avseende företags konkurrensbegränsande beteende i allt väsentligt är densamma i båda fallen.

32 Denna ståndpunkt kan inte godtas. Det enda som kan berättiga en fortsatt tillämpning av övergångsbestämmelserna i artiklarna 88 och 89 är att de avtal, beslut och samordnade förfaranden som avses i artikel 85.1 kan bli föremål för ett undantag enligt artikel 85.3, och att konkurrenspolitiken utformas genom de behöriga institutionernas beslut att bevilja eller vägra sådana undantag i enlighet med de tillämpningsbestämmelser som antagits med stöd av artikel 87. Det är däremot inte möjligt att bevilja något som helst undantag för missbruk av en dominerande ställning. Sådant missbruk är helt enkelt förbjudet enligt fördraget och det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna eller på kommissionen att, beroende på omständigheterna, och inom ramen för sin behörighet dra konsekvenserna av detta förbud.

33 Härav måste den slutsatsen dras att förbudet i artikel 86 i fördraget är tillämpligt fullt ut på hela luftfartssektorn.

- 34 I den andra tolkningsfrågan tas ett annat problem upp, nämligen huruvida tillämpningen av ett flygpris i princip kan utgöra ett missbruk av en dominerande ställning, när priset är resultatet av ett avtal mellan två företag vilket i sig kan omfattas av förbudet i artikel 85.1.
- 35 Det skall i detta hänseende först erinras om att artikel 85, enligt domstolens rättspraxis, inte är tillämplig om avtalet i fråga slutits mellan företag som ingår i samma koncern och har ställning som moder- och dotterbolag, om företagen bildar en ekonomisk enhet inom vilken dotterbolaget inte har någon verklig självständighet att bestämma sitt handlande på marknaden (se senast dom av den 4 maj 1988 i målet 30/87 Corinne Bodson, Rec. 1988, s. 2479). En sådan ekonomisk enhets beteende på marknaden kan emellertid omfattas av artikel 86.
- 36 Ett typiskt exempel på konkurrensbegränsande samverkan som omfattas av artikel 85 föreligger däremot när två ekonomiskt självständiga företag genom ett avtal gemensamt fastställer priser eller inför andra konkurrensbegränsningar på den berörda marknaden.
- 37 Dessa överväganden utesluter inte att ett avtal mellan två eller flera företag endast är den formella bekräftelsen på en ekonomisk verklighet som utmärks av att ett företag i dominerande ställning har lyckats få andra företag att tillämpa flygpriserna i fråga. I ett sådant fall kan det inte uteslutas att artiklarna 85 och 86 kan vara tillämpliga samtidigt. Rådets nya förordningar utgår för övrigt från samma tolkning av artiklarna 85 och 86, i den mån de föreskriver att artikel 86 kan tillämpas på ett avtal som ursprungligen beviljades ett gruppundantag (artikel 7.2 i förordning nr 3976/87) eller ett individuellt undantag enligt invändningsförfarandet (artikel 5.3 andra stycket i förordning nr 3975/87).
- 38 Härav följer att artikel 86, under förutsättning att villkoren i denna artikel är uppfyllda, i vissa fall kan gälla tillämpningen av flygpriser för reguljärflyg på en bestämd flyglinje, eller bestämda flyglinjer, om flygpriserna fastställts genom bilaterala eller multilaterala avtal som ingåtts mellan lufttrafikföretag. Det finns därför anledning att söka efter tolkningskriterier som kan göra det möjligt för den nationella domstolen att i förekommande fall tillämpa denna bestämmelse.
- 39 För att bedöma om ett företag som bedriver reguljär lufttrafik har en dominerande ställning på marknaden är det nödvändigt att först avgränsa den relevanta transporttjänstemarknaden. Vid det muntliga förfarandet inför

domstolen har i detta hänseende framkommit två uppfattningar: den första är att sektorn för reguljärflyg utgör en särskild marknad, den andra att alternativa transportmöjligheter som kan tjäna som ersättning, t.ex. charterflyg, järnvägs- eller vägtransport, måste tas med i beräkningen liksom reguljärflyg på andra flyglinjer.

40 Det avgörande kriteriet är om reguljärflyg på en bestämd flyglinje på grund av sina särskilda kännetecken i så hög grad skiljer sig från alternativa transportmöjligheter att det inte är utbytbart mot dessa och bara obetydligt påverkas av konkurrens från dem.

41 Tillämpningen av detta kriterium leder inte nödvändigtvis fram till samma resultat i de olika fall som kan föreligga. På vissa flyglinjer är verklig konkurrens inte möjlig. I princip, och särskilt när det gäller flyglinjer inom gemenskapen, kan emellertid ett flygbolags ekonomiska inflytande på en bestämd flyglinje med reguljärflyg bero på konkurrenssituationen för andra lufttrafikföretag som trafikerar samma linje eller en linje som kan tjäna som ersättning.

42 Om den behöriga nationella myndigheten ser sig föranledd att fastställa att ett lufttrafikföretag har en dominerande ställning på den berörda marknaden skall den därefter undersöka om tillämpningen av de flygpriser som lufttrafikföretaget har påtvingat andra företag som trafikerar samma flyglinje utgör ett missbruk av denna dominerande ställning. Ett sådant missbruk kan i synnerhet föreligga om de påtvingade priserna måste anses utgöra oskäligen transportvillkor i förhållande till antingen konkurrenterna eller resenärerna.

43 Sådana oskäligen villkor kan för det första föreligga om de påtvingade flygpriserna är överdrivet höga eller överdrivet låga, i syfte att från marknaden slå ut företag som står utanför avtalet. För att bedöma om flygpriset är överdrivet högt eller lågt kan viss vägledning vad gäller tolkningen hämtas från direktiv 87/601 som fastställer luftfartsmyndigheternas riktlinjer vid godkännandet av flygpriser. Det framgår särskilt av artikel 3 i direktivet att flygpriserna måste stå i rimlig proportion till lufttrafikföretagets totala omkostnader på längre sikt under det att hänsyn samtidigt tas till konsumenternas behov, behovet av en tillfredsställande kapitalavkastning, konkurrenssituationen på marknaden, inklusive lufttrafikföretags flygpriser på samma linje, samt behovet av att förhindra prisdumpning.

- 44 Oskäliga villkor kan vidare föreligga om det uteslutande tillämpas ett enhetligt flygpris på en bestämd flyglinje. Om tillämpningen av ett enhetligt flygpris är en följd av ett dominerande företags beteende och inte av luftfartsmyndigheternas politik, gör den det möjligt för detta företag att undanröja all priskonkurrens genom en praxis som utgör ett missbruk.
- 45 Om det fastställs att ett företag har missbrukat sin dominerande ställning på marknaden och att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas av detta omfattas det berörda företagets beteende av förbudet i artikel 86. Om kommissionen inte har ingripit med stöd av sina befogenheter enligt fördraget och fördragets tillämpningsbestämmelser för att få överträdelsen att upphöra eller för att ålägga en påföljd, ankommer det på de behöriga nationella administrativa eller rättsliga myndigheterna att dra konsekvenserna av förbudets tillämplighet och, i avsaknad av gemenskapsbestämmelser på området, eventuellt förklara avtalet i fråga ogiltigt på grundval av den nationella lagstiftningen.
- 46 Vad gäller tillämpningen av artikel 86 i fördraget blir svaret på tolkningsfrågorna alltså följande. Det kan under vissa omständigheter utgöra missbruk av en dominerande ställning på den berörda marknaden att tillämpa flygpriser för reguljärflyg som är en följd av bilaterala eller multilaterala avtal, särskilt om ett företag i dominerande ställning har lyckats tvinga andra lufttrafikföretag att tillämpa överdrivet höga eller låga priser eller att tillämpa ett enhetligt pris för en bestämd flyglinje.

#### d) Artiklarna 5 och 90

- 47 Den tredje frågan går ut på om godkännandet från en medlemsstats tillsynsmyndighet av flygpriser som strider mot artiklarna 85.1 eller 86 i fördraget är lagenligt. Den nationella domstolen har särskilt frågat om ett sådant godkännande inte är oförenligt med artiklarna 5 andra stycket och 90.1 i fördraget, även om kommissionen inte har kritiserat godkännandet med stöd av artikel 90.3.
- 48 Det skall i detta hänseende först erinras om domstolens fasta rättspraxis, som fastställer att även om konkurrensreglerna i artiklarna 85 och 86 avser företags beteende och inte de åtgärder som vidtas av medlemsstaternas myndigheter, ålägger artikel 5 i fördraget inte desto mindre de senare att inte vidta eller bibehålla några åtgärder som kan beröva konkurrensreglerna deras ändamålsenliga verkan. Just detta är fallet när en medlemsstat påtvingar eller

gynnar avtal om konkurrensbegränsande samverkan som strider mot artikel 85 eller förstärker verkningarna av sådan samverkan (se senast dom av den 1 oktober 1987 i målet 311/85 Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Rec. 1987, s. 3801).

- 49 Härav följer att det inte är förenligt med gemenskapsrätten, särskilt artikel 5 i fördraget, att luftfartsmyndigheter godkänner avtal om flygpriser som strider mot artikel 85.1, och att luftfartsmyndigheterna skall avstå från alla åtgärder som kan anses uppmuntra flygbolag att ingå avtal om flygpriser som strider mot fördraget.
- 50 Denna tolkning av fördraget bekräftas, särskilt när det gäller flygpriser för reguljärflyg, genom artikel 90.1, enligt vilken nationella myndigheter inte får vidta eller bibehålla någon åtgärd som strider mot konkurrensreglerna i artiklarna 85 och 86 beträffande företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter - t.ex. rätt att ensam eller tillsammans med ett eller två andra lufttrafikföretag trafikera en bestämd flyglinje. Dessutom anges i övervägandena i ingressen till rådets förordningar nr 3975 och 3976/87 att bestämmelserna i dessa förordningar inte påverkar tillämpningen av artikel 90 i fördraget.
- 51 Visserligen uttryckte rådet, i övervägandena i ingressen till förordning nr 3976/87, en önskan om att gradvis öka konkurrensen inom luftfartssektorn mellan medlemsstaterna för att ge luftfartssektorn tid att anpassa sig till ett annat system än det nuvarande som består i att upprätta ett nät av avtal mellan medlemsstater och lufttrafikföretag. Denna strävan kan emellertid bara respekteras inom ramen för bestämmelserna i fördraget.
- 52 Även om de nya regler som fastställts av rådet och kommissionen följaktligen ger gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaternas myndigheter möjlighet att uppmuntra flygbolagen att organisera ömsesidiga samråd om flygpriser för bestämda flyglinjer avseende reguljärflyg, t.ex. samråd av det slag som föreskrivs i direktiv 87/601, är det emellertid uttryckligen förbjudet för dem enligt fördraget att på något som helst sätt gynna tillkomsten av avtal eller samordnade förfaranden när det gäller flygpriser som strider mot artikel 85.1 eller eventuellt artikel 86.
- 53 Den nationella domstolen har vidare hänvisat till artikel 90.3, men denna bestämmelse förefaller sakna relevans för lösningen av de problem som tagits upp genom detta mål. Genom denna bestämmelse åläggs nämligen kommis-

sionen att säkerställa tillämpningen av artikel 90 och bemyndigas att, när det är nödvändigt, utfärda direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna, utan att emellertid utesluta tillämpning av artikel 90.1 och 90.2 om kommissionen avstår från att vidta åtgärder.

54 Däremot kan artikel 90.2 få följder för luftfartsmyndigheternas beslut om godkännande av flygpriser. I denna bestämmelse fastställs bl.a. att företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall vara underkastade konkurrensreglerna i fördraget, i den mån tillämpningen av dessa regler inte hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs.

55 Denna bestämmelse kan nämligen tillämpas på lufttrafikföretag som av offentliga myndigheter ålagts att trafikera flyglinjer som inte är affärsmässigt lönsamma, men som måste trafikeras av hänsyn till allmänintresset. Det ankommer på de behöriga nationella administrativa eller rättsliga myndigheterna att från fall till fall kontrollera om det berörda lufttrafikföretaget verkligen har ålagts att trafikera sådana flyglinjer genom beslut av en offentlig myndighet (dom av den 27 mars 1974 i målet 127/73 BRT-II, Rec. 1974, s. 313).

56 För att de krav som ställs i samband med fullgörandet av en sådan uppgift av allmänt intresse skall kunna begränsa verkan av konkurrensreglerna enligt artikel 90.2 måste emellertid de nationella myndigheter som är ansvariga för att godkänna flygpriser och de domstolar vid vilka därmed förbundna tvister anhängiggörs kunna fastställa de berörda kravens konkreta karaktär och hur de inverkar på strukturen hos de flygpriser som tillämpas av de berörda flygbolagen.

57 Eftersom det inte finns någon verklig öppenhet rörande prisstrukturen är det svårt, för att inte säga omöjligt, att bedöma hur denna uppgift av allmänt intresse inverkar på tillämpningen av konkurrensreglerna när det gäller flygpriser. Det ankommer på den nationella domstolen att beträffande detta företa nödvändiga undersökningar av de faktiska omständigheterna.

58 Med hänsyn till de föregående övervägandena blir svaret på den nationella domstolens tredje fråga att artiklarna 5 och 90 i fördraget skall tolkas på följande sätt:

— Det är förbjudet för nationella myndigheter att gynna avtal om flygpriser som strider mot artikel 85.1 eller, eventuellt, artikel 86 i fördraget.

- Dessa myndigheter får inte godkänna flygpriser som är en följd av sådana avtal.
- Verkan av konkurrensreglerna får begränsas om detta är oundgängligt för fullgörandet av en uppgift av allmänt intresse som har ålagts lufttrafikföretag, på villkor att uppgiftens karaktär och inverkan på prisstrukturen klargörs.

### Rättegångskostnader

- 59 De kostnader som har förorsakats av den brittiska regeringen och Europeiska gemenskapernas kommission, som har inkommit med yttrande till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

### DOMSTOLEN

— angående de frågor som genom beslut av den 30 januari 1986 förts vidare av Bundesgerichtshof — följande dom:

- 1) **Bilaterala eller multilaterala avtal om flygpriser för reguljärflyg är ogiltiga enligt artikel 85.2 i fördraget i följande fall:**
  - Vad gäller priser för flygningar mellan flygplatser inom en och samma medlemsstat eller mellan en flygplats i en medlemsstat och en flygplats i tredje land: när antingen myndigheterna i den medlemsstat där ett av flygbolagen har sitt säte eller kommissionen i enlighet med artikel 88 respektive 89 har fastställt att avtalet är oförenligt med artikel 85.
  - Vad gäller priser för internationella flygningar mellan flygplatser inom gemenskapen: när det inte till kommissionen i enlighet med artikel 5 i förordning nr 3975/87 har lämnats någon ansökan om att avtalet skall undantas från förbudet i artikel 85.1 eller när en sådan



ansökan har lämnats men avslagits av kommissionen senast 90 dagar efter det att ansökan offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, eller när kommissionen inte har avgett något svar inom tidsfristen på 90 dagar, men undantagets giltighetsperiod på sex år som fastställs i tidigare nämnda artikel 5 har löpt ut eller kommissionen under samma period har återkallat undantaget.

- 2) Det kan under vissa omständigheter utgöra missbruk av en dominerande ställning på den berörda marknaden att tillämpa flygpriser för reguljärflyg som är en följd av bilaterala eller multilaterala avtal, särskilt om ett företag i dominerande ställning har lyckats tvinga andra transportföretag att tillämpa överdrivet höga eller låga priser eller att tillämpa ett enhetligt pris för en bestämd flyglinje.
- 3) Artiklarna 5 och 90 i EEG-fördraget skall tolkas på följande sätt:
  - Det är förbjudet för nationella myndigheter att gynna avtal om flygpriser som strider mot artikel 85.1 eller, eventuellt, artikel 86 i fördraget.
  - Dessa myndigheter får inte godkänna flygpriser som är en följd av sådana avtal.
  - Verkan av konkurrensreglerna får begränsas om detta är oundgängligt för fullgörandet av en uppgift av allmänt intresse som har ålagts lufttrafikföretag, på villkor att uppgiftens karaktär och inverkan på prisstrukturen klargörs.

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

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 11 april 1989.

J.-G. Giraud  
Justitiesekreterare

O. Due  
Ordförande