CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GEORGES COSMAS

présentées le 16 mai 2000 [1]

Table des matières

I — Introduction ..... I - 388

II — Cadre juridique ..... I - 388

III — Faits et décision attaquée ..... I - 390

IV — Moyens d'annulation ..... I - 394

A — Interprétation de la base juridique de la décision attaquée (premier et deuxième moyens d'annulation) ..... I - 395

a) Affirmations des parties ..... I - 395

aa) Incompétence tirée de la violation de l'article 8, paragraphes 1 et 3, du règlement n° 2408/92 et des articles 155 (devenu article 211 CE) et 169 (devenu article 226 CE) du traité CE (premier moyen d'annulation) ..... I - 395

ab) Violation des articles 3, paragraphe 1, et 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 et des articles 59, 61, paragraphe 1, et 84, paragraphes 1 et 2, du traité ainsi que des principes jurisprudentiels en matière de libre prestation des services (deuxième moyen d'annulation) I - 396

b) Notre point de vue ..... I - 398

B — Violation ou interprétation erronée de l'article 8, paragraphes 1 et 3, du règlement n° 2408/92, dues à une application erronée du principe de proportionnalité (troisième moyen d'annulation) ..... I - 409

C — En ce qui concerne la violation de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 eu égard aux règles relatives aux discriminations indirectes et l'appréciation manifestement erronée des faits (quatrième moyen d'annulation) ..... I - 415

V — Conclusions ..... I - 421

1 — Langue originale: le grec.

I — Introduction

1. Par le présent recours, la République italienne (ci-après la «requérante») demande l'annulation de la décision 98/710/CE de la Commission, du 16 septembre 1998, relative à une procédure d'application du règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil (affaire VII/AMA/11/98 — Règles italiennes de répartition du trafic au sein du système aéroportuaire de Milan)[2] (ci-après la «décision attaquée»), qui lui a interdit d'appliquer les règles de répartition du trafic aérien au sein du système aéroportuaire de Milan, qui avaient été définies par des décrets nationaux, qui, en particulier, prévoyaient le transfert du trafic aérien de l'aéroport de Linate à celui de Malpensa. La requérante affirme que la décision attaquée, fondée sur de présumées restrictions disproportionnées de la libre prestation des services, a outrepassé les limites du règlement (CEE) n° 2408/92[3], qu'elle invoque à titre de base juridique. Parallèlement, la requérante soutient que, en tout cas, la Commission a appliqué le principe de proportionnalité de manière erronée. Enfin, selon la requérante, la Commission a procédé à une appréciation erronée des faits sur la base desquels elle a constaté l'existence d'une discrimination indirecte au bénéfice du transporteur aérien national (Alitalia).

2 — JO L 337, p. 42.

3 — Règlement du Conseil du 23 juillet 1992 concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires (JO L 240, p. 8).

II — Cadre juridique

2. Aux termes de l'article 59, premier alinéa, du traité CE (devenu, après modification, article 49, premier alinéa, CE):

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.»

3. Aux termes de l'article 61, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 51, paragraphe 1, CE):

«La libre circulation des services, en matière de transports, est régie par les dispositions du titre relatif aux transports.»

4. Par ailleurs, aux termes de l'article 84, paragraphe 2, du traité CE (devenu, après modification, article 80, paragraphe 2, CE):

«Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, pourra décider si, dans quelle mesure

et par quelle procédure des dispositions appropriées pourront être prises pour la navigation maritime et aérienne.

Les dispositions de procédure de l'article 75, paragraphes 1 et 3, s'appliquent.»

5. Les deux premiers considérants du règlement n° 2408/92 sont formulés comme suit:

«considérant qu'il importe de mettre en place une politique des transports aériens en vue d'établir progressivement le marché intérieur au cours de la période expirant le 31 décembre 1992, conformément à l'article 8 A du traité;

considérant que le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée».

6. Le dixième-neuvième considérant du même règlement est formulé comme suit:

«considérant qu'il est souhaitable que toutes les questions relatives à l'accès au marché soient couvertes par un seul et même règlement».

7. En outre, aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92:

«Sous réserve du présent règlement, les transporteurs aériens communautaires sont autorisés par le ou les États membres concernés à exercer des droits de trafic sur des liaisons intracommunautaires.»

8. Enfin, aux termes de l'article 8 du même règlement:

«1. Le présent règlement n'affecte pas le droit d'un État membre de réglementer, sans discrimination fondée sur la nationalité ou l'identité du transporteur aérien, la répartition du trafic entre les aéroports situés à l'intérieur d'un système aéroportuaire.

2. L'exercice des droits de trafic est soumis aux règles d'exploitation communautaires, nationales, régionales ou locales publiées

concernant la sécurité, la protection de l'environnement et la répartition des créneaux horaires.

3. La Commission, à la demande d'un État membre ou de sa propre initiative, examine l'application des paragraphes 1 et 2 et, dans un délai d'un mois à partir de la date de réception de la demande et après consultation du comité visé à l'article 11, décide si l'État membre peut continuer à appliquer la mesure. La Commission communique sa décision au Conseil et aux États membres.

4. Tout État membre peut saisir le Conseil de la décision de la Commission dans un délai d'un mois. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut, dans des cas exceptionnels, prendre une décision différente dans un délai d'un mois... ».

III — Faits et décision attaquée

9. Le système aéroportuaire de Milan comprend les aéroports de Linate, de Malpensa et d'Orio al Serio (Bergame). La répartition du trafic aérien entre ces aéroports s'effectuait selon les règles du marché, compte tenu des contraintes d'exploitation existantes. Il en a résulté une utilisation inefficace de la capacité disponible des aéroports, celui de Linate étant surexploité alors que celui de Malpensa est sous-utilisé [4]. En outre, aucun des aéroports de ce système n'a pu devenir une grande plate-forme de correspondance pour les vols nationaux, internationaux et intercontinentaux.

10. De ce fait, les autorités italiennes ont décidé de réorganiser le système aéroportuaire de Milan, afin de faire de Malpensa une plaque tournante et de fournir à l'avenir les capacités nécessaires en matière d'aéroports. Cet objectif impliquait l'extension et l'aménagement de l'aéroport de Malpensa, projet connu sous le nom de

4 — C'est à l'aéroport de Linate, situé à 10 kilomètres du centre de Milan, que se concentrait l'essentiel du trafic intracommunautaire international et national. L'aéroport de Linate se heurtait à de sérieux problèmes de capacité. En effet, en 1997, environ 14 millions de passagers sont passés par cet aéroport, alors que sa capacité optimale est estimée à 8 millions. L'aéroport de Malpensa, situé à 53 kilomètres du centre de Milan, servait pour tous les vols internationaux, compte tenu des contraintes qui empêchaient l'exploitation de ces vols à l'aéroport de Linate. Malpensa n'accueillait que certains vols intracommunautaires, en nombre limité, parce que les passagers ont une préférence pour l'aéroport de Linate, plus proche du centre de Milan. L'aéroport de Malpensa n'a accueilli, par conséquent, qu'environ 4 millions de passagers en 1997, alors que sa capacité optimale est estimée à 6 millions. L'aéroport d'Orio al Serio, situé à une cinquantaine de kilomètres du centre de Milan et proche de Bergame, était utilisé principalement pour le trafic de fret et les vols charters et, dans une moindre mesure, pour des services réguliers de transport de passagers.

« Malpensa 2000 » [5]. Les dispositions financières sur lesquelles reposait le nouvel aéroport de Malpensa exigeaient la concentration du trafic sur cet aéroport et, dès lors, un transfert inévitable de trafic de l'aéroport de Linate à celui de Malpensa.

11. Pour ce motif, le ministre des Transports italien a adopté, le 5 juillet 1996, le décret n° 46-T, qui fixait les règles de répartition du trafic aérien au sein du système aéroportuaire de Milan. L'article 1er, paragraphe 1, disposait que, à compter de la date de mise en service des structures prioritaires de « Malpensa 2000 », laquelle devait être fixée par un décret ultérieur, tous les services réguliers et non réguliers assurés sur les liaisons intercontinentales et intracommunautaires (y compris les liaisons intracommunautaires nationales ou internationales) seraient exploités par l'aéroport de Malpensa, au départ et à l'arrivée. L'article 1er, paragraphe 2, prévoyait que lesdits services pouvaient aussi être exploités au départ et à l'arrivée de l'aéroport d'Orio al Serio. L'article 1er, paragraphes 3 et 4, disposait que l'aéroport de Linate ne pouvait servir qu'à l'aviation générale et que pour l'exploitation de vols directs sans escale sur les liaisons à destination et au départ de Milan, si le nombre annuel total de passagers transportés par ces services était au moins égal à 2 millions au cours de l'année précédant celle de la mise en service des structures prioritaires ou avait atteint en moyenne annuelle 1,75 million sur les trois années précédentes.

12. Le 23 octobre 1997, le gouvernement italien a adopté le décret n° 57-T, dont l'article 1er, paragraphe 1, prévoyait que les structures prioritaires visées par le décret n° 46-T seraient mises en service le 25 octobre 1998. Il résultait des décrets nos 46-T et 57-T qu'à compter du 25 octobre 1998 tous les services aériens à destination et au départ de Milan devraient être exploités soit à partir de l'aéroport de Malpensa, soit à partir de celui d'Orio al Serio, à l'exception des services de l'aviation générale et de transport aérien qui satisfont aux seuils de trafic fixés à l'article 1er, paragraphe 4, du décret n° 46-T. En pratique, la seule liaison qui atteignait les seuils fixés était celle de Milan à Rome.

13. Le 16 février 1998, les transporteurs aériens British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System et TAP Air Portugal ont saisi la Commission d'une demande conjointe tendant à ce qu'elle déclare les règles de répartition du trafic aérien à l'intérieur du système aéroportuaire de Milan adoptées par les autorités italiennes incompatibles avec le droit communau-

5 — Ce projet figurait parmi les 14 projets prioritaires du réseau transeuropéen de transport au titre de la décision n° 1692/96/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 juillet 1996, sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport (JO L 228, p. 1). Il a bénéficié d'un concours financier communautaire, d'un concours du Fonds européen d'investissement et d'un soutien de la Banque européenne d'investissement.

taire, et notamment avec le règlement n° 2408/92, et demande aux autorités italiennes de s'abstenir de mettre en œuvre ces règles et d'adopter d'autres règles totalement conformes au droit communautaire [6]. En particulier, les transporteurs aériens ont affirmé que, en pratique, les règles italiennes introduisaient des discriminations qui favorisaient Alitalia [7] et que, par ailleurs, elles n'étaient pas conformes au principe de proportionnalité [8].

14. Après s'être conformée à la procédure prévue [9], la Commission a adopté le 16 septembre 1998 la décision attaquée, fondée sur l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92.

15. Dans les motifs de la décision attaquée, la Commission, après avoir décrit les faits et la procédure, formule une appréciation juridique concernant les règles italiennes litigieuses, considérées au regard du règlement n° 2408/92. Selon la Commission, toute restriction approuvée sur la base de la disposition de l'article 8, paragraphe 1, de ce règlement doit, parallèlement, être conforme au principe de non-discrimination, auquel cette disposition fait expressément référence, et aux principes généraux

6 — Le 15 avril 1998, Air France a informé la Commission qu'elle se joignait aux transporteurs aériens précités dans l'action qu'ils intentaient contre les règles italiennes. Le 22 avril 1998, ces transporteurs aériens ont saisi la Commission d'une demande de mesures provisoires, visant à empêcher, avant toute décision sur le fond concernant les règles italiennes, que ces règles ne soient mises en œuvre tant que l'aéroport de Malpensa ne serait pas relié à Milan par des voies de communication adaptées et suffisantes. Le 27 mai 1998, Austrian Airlines a saisi la Commission d'une demande distincte ayant le même objet que les demandes principales et supplémentaires des plaignants et invoquant les mêmes moyens.

7 — Selon les transporteurs aériens précités, l'application des règles italiennes aboutira à ce que seule la liaison Milan-Rome soit exploitée à partir de l'aéroport de Linate, liaison qui est actuellement exploitée par plusieurs transporteurs aériens communautaires, dont Alitalia. Dans ces conditions, Alitalia pourra encore largement compter sur sa plaque tournante de Rome, qu'elle sera en mesure de desservir au départ de Linate, alors que les transporteurs communautaires non italiens n'auront plus la possibilité de desservir leur propre plaque tournante à partir de cet aéroport, étant donné l'obligation qui leur est faite d'exploiter ces services à partir de Malpensa. Il en résulte qu'Alitalia bénéficiera d'un avantage concurrentiel par rapport aux transporteurs communautaires non italiens en ce qui concerne la prestation de services aériens moyen- et long-courriers passant par sa plaque tournante. Autrement dit, les passagers qui prennent l'avion à Milan pour des vols moyen- ou long-courriers passant par une plaque tournante préféreront passer par celle d'Alitalia plutôt que par celles d'autres transporteurs communautaires. En outre, les transporteurs aériens ont estimé que l'absence de voies de communication suffisantes et adaptées rendra encore moins pratique l'aéroport de Malpensa par rapport à celui de Linate et aggravera, par conséquent, l'effet discriminatoire des règles italiennes.

8 — Les transporteurs aériens précités ont estimé que les règles italiennes ne sont pas proportionnées, dans la mesure où les objectifs recherchés pourraient être atteints sans discrimination et par une utilisation plus rationnelle des capacités des aéroports qui éviterait à la fois une sous-utilisation de Linate et la saturation de Malpensa. Dans ces conditions, tous les transporteurs aériens communautaires devraient être autorisés à exploiter des services au départ de l'aéroport de Linate à destination de leurs plaques tournantes respectives.

9 — Afin de pouvoir instruire en toute connaissance de cause la présente affaire dans le cadre de la procédure prévue par l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92 et afin de sauvegarder les droits de la défense, la Commission a, le 3 mars 1998, transmis aux autorités italiennes la demande présentée par les transporteurs et les a invitées à formuler leurs observations. En ce qui concerne l'effet discriminatoire des règles italiennes, les autorités italiennes considèrent qu'il n'y a pas discrimination, dès lors que, conformément à la législation communautaire en vigueur, l'accès à la liaison Milan-Rome est ouvert à l'ensemble des transporteurs aériens communautaires. En ce qui concerne le principe de proportionnalité, les autorités italiennes ont affirmé que les règles de répartition du trafic sont nécessaires pour atteindre l'objectif de création d'une plaque tournante à Malpensa en conservant Linate comme aéroport d'appoint.
Lors des divers échanges de lettres et des diverses réunions, la Commission a informé les autorités italiennes de sa position dans cette affaire, compte tenu des éléments dont elle disposait, en motivant ses doutes quant à la compatibilité des règles italiennes avec l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92. Les autorités italiennes ont réaffirmé que les critères de répartition du trafic au sein du système aéroportuaire de Milan arrêtés par le décret n° 46-T n'impliquent aucune discrimination en faveur d'Alitalia. Néanmoins, pour donner tous apaisements à la Commission sur ce point, les autorités italiennes ont indiqué qu'elles pourraient envisager de soumettre l'exploitation de la liaison Milan-Rome au départ de l'aéroport de Linate à certaines conditions. Cependant, la Commission a jugé que ces conditions n'étaient ni appropriées ni opportunes.

régissant la libre prestation des services, tels qu'ils ont été énoncés par la jurisprudence de la Cour. Ces principes vont au-delà de la simple interdiction de discrimination fondée sur la nationalité ou sur l'identité du transporteur aérien. En effet, même si les mesures nationales restreignant la libre prestation des services s'appliquent sans discrimination, elles n'en demeurent pas moins inacceptables si elles ne sont pas justifiées par des exigences impératives liées à l'intérêt général ou si un résultat identique peut être obtenu par l'adoption de règles moins restrictives respectant le principe de proportionnalité.

16. En l'espèce, en ce qui concerne la conformité des règles italiennes avec le principe de non-discrimination, la Commission, compte tenu de la concurrence existant entre Alitalia et les autres transporteurs communautaires, est parvenue à la conclusion selon laquelle les critères fixés par le décret n° 46-T, qui permettent à la seule compagnie Alitalia de desservir sa plaque tournante de Rome-Fiumicino à partir de l'aéroport de Linate et obligent les autres compagnies aériennes communautaires à desservir leurs plaques tournantes respectives en passant par l'aéroport de Malpensa, ont pour effet de conférer un avantage concurrentiel à Alitalia. Cet avantage persistera aussi longtemps que les infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa ne seront pas suffisantes pour vaincre la situation actuelle caractérisée par le manque d'enthousiasme des passagers à utiliser cet aéroport. La Commission a donc estimé que l'application des critères fixés par le décret n° 46-T à compter du 25 octobre 1998, conformément aux dispositions du décret n° 57-T, produira, dans la pratique, des effets discriminatoires en faveur d'Alitalia. Il en résulte que l'application des critères à partir du 25 octobre 1998, conformément au décret n° 57-T, est incompatible avec le principe de non-discrimination en raison de l'identité du transporteur aérien énoncé à l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92.

17. En ce qui concerne la conformité des règles italiennes avec le principe de proportionnalité, la Commission a, d'abord, fait observer que l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 reconnaît expressément la légitimité d'une politique dynamique d'aménagement de l'aéroport de Malpensa et que le projet « Malpensa 2000 » a pour objet de créer une plaque tournante complètement opérationnelle et économiquement viable sur l'aéroport en question. Ensuite, la Commission a examiné les restrictions introduites par les règles de répartition du trafic aérien et en a conclu que le caractère opérationnel du projet « Malpensa 2000 » (y compris l'exploitation au moment opportun de tous les vols et la condition préalable d'un accès normal des passagers à l'aéroport) ne suppose pas le transfert en bloc pour le 25 octobre 1998 du volume de trafic prévu par les règles italiennes. La viabilité de l'exploitation de la plaque tournante de Malpensa nécessite le transfert d'un volume de trafic compatible avec la capacité des installations aéroportuaires et des infrastructures d'accès. Dans le cas contraire, le succès du développement et du positionnement futur de l'aéroport de Malpensa

comme plaque tournante dans la Communauté pourrait être compromis. Retarder ce transfert ou l'effectuer progressivement à compter du 25 octobre 1998 serait plus adapté à la réalisation de cet objectif et permettrait également de limiter les atteintes à la liberté de prestation de services aériens au départ et à destination de Milan. Les règles italiennes n'apparaissent donc pas indispensables pour atteindre l'objectif poursuivi par les autorités italiennes, qui peut être atteint avec des mesures moins restrictives du point de vue de la liberté de prestation des services aériens. En outre, l'imposition de restrictions entraînant une réduction immédiate et drastique des activités de Linate, qui chuteront de 14,2 millions de passagers par an en 1997 à 2,5 millions de passagers après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, n'apparaît pas une mesure adéquate pour atteindre l'objectif énoncé dans le onzième considérant du préambule du décret n° 46-T, selon lequel l'aéroport de Linate devra être maintenu en service en tout état de cause. La Commission a dès lors estimé que les règles de répartition du trafic fixées par les décrets n° 46-T et n° 57-T étaient incompatibles avec le principe de proportionnalité.

18. Pour les motifs exposés ci-dessus, la Commission a décidé que la requérante ne pouvait appliquer les règles de répartition du trafic au sein du système aéroportuaire de Milan prévues par les décrets litigieux.

19. Aucun État membre n'a saisi le Conseil, en faisant usage de la possibilité que lui donne l'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 2408/92.

20. Le 8 octobre 1998, la requérante a introduit devant la Cour un recours dirigé contre la décision. Par ce recours, elle demande à la Cour d'annuler la décision de la Commission attaquée en l'espèce et de condamner cette dernière aux dépens. En revanche, la Commission demande le rejet de ce recours et la condamnation de la requérante aux dépens.

IV — Moyens d'annulation

21. Pour assurer la cohérence logique de notre analyse, nous examinerons conjointement les premier et deuxième moyens d'annulation, puisqu'ils concernent tous deux la même problématique générale, relative à l'interprétation de la base juridique de la décision attaquée (A). Ensuite, nous examinerons le troisième moyen d'annulation, par lequel la requérante fait valoir que la Commission a, en tout cas, appliqué erronément le principe de proportionnalité (B). Enfin, nous examinerons le quatrième moyen, tiré, d'une part, de la violation des règles concernant les discriminations indirectes et, d'autre part, de l'appréciation manifestement erronée des

faits à laquelle la Commission a procédé dans les motifs de la décision attaquée (C).

A — *Interprétation de la base juridique de la décision attaquée (premier et deuxième moyens d'annulation)*

a) Affirmations des parties

aa) Incompétence tirée de la violation de l'article 8, paragraphes 1 et 3, du règlement n° 2408/92 et des articles 155 (devenu article 211 CE) et 169 (devenu article 226 CE) du traité CE (premier moyen d'annulation)

22. Par ce premier moyen d'annulation, la requérante fait valoir que la décision attaquée doit être annulée parce que, au mépris de la signification véritable de la disposition de l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92, sur laquelle est fondée la compétence l'habilitant à prendre la décision en question, la Commission a contrôlé la conformité des règles italiennes avec les principes régissant la libre prestation des services et, plus particulièrement, avec le principe de proportionnalité et qu'elle ne s'est pas limitée, comme elle devait le faire, à contrôler leur conformité avec le principe de non-discrimination [10].

23. Pour réfuter tous les arguments avancés à l'appui de ce premier moyen, la Commission affirme que le règlement n° 2408/92 applique au secteur des transports aériens toutes les règles relatives à la libre prestation des services consacrée par l'article 59 du traité. Si l'on se fonde sur une interprétation littérale, systématique et téléologique, l'article 8, paragraphe 1, du règle-

10 — Plus particulièrement, le gouvernement italien fait valoir que l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 confère aux États membres une compétence exclusive pour réglementer la répartition du trafic entre les aéroports, compétence qui est limitée par l'obligation de respecter le principe interdisant les discriminations fondées sur la nationalité ou l'identité du transporteur aérien. Le paragraphe 3 du même article confère à la Commission une compétence lui permettant de contrôler si les mesures nationales adoptées sont conformes aux dispositions du paragraphe 1. Il résulte de la formulation de ce paragraphe, qui est claire, que le seul objet du contrôle est la conformité des mesures nationales avec le principe de non-discrimination, visée au paragraphe 1, et non, d'une manière générale, leur conformité avec le droit communautaire. De plus, lorsque le législateur communautaire a souhaité prévoir un tel contrôle général, comme dans le cas des dispositions de l'article 9, paragraphes 4 et 5, du même règlement, il a prévu explicitement que ce contrôle ne portait pas seulement sur la conformité des mesures nationales avec les dispositions du règlement en question, mais qu'il consistait, en outre, à vérifier si ces mesures ne sont pas contraires « au droit communautaire ».
Selon la requérante, dans la décision attaquée, la Commission a considéré que, en vertu de l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92, elle était habilitée à contrôler les règles italiennes, d'une manière générale, sous l'angle du droit communautaire et, plus précisément, du principe de proportionnalité, qui régit les restrictions de la libre prestation des services. Cette attitude implique une interprétation extensive erronée de la disposition conférant un pouvoir de décision à la Commission, puisque la Commission applique cette disposition en dehors des cas et des conditions qu'elle prévoit. Cette application est contraire aux principes du traité concernant l'organisation institutionnelle de la Communauté et, notamment, au principe de la légalité stricte du pouvoir de décision de la Commission, visé à l'article 155 du traité. Selon la requérante, la disposition de l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92 doit, du fait qu'elle constitue une exception à l'article 169 du traité, faire l'objet d'une interprétation stricte. En conséquence, on ne peut admettre qu'elle signifie que la Commission peut utiliser son pouvoir de décision pour formuler des appréciations ou pour adopter des décisions contraignantes qui n'ont pas un lien étroit avec l'application du paragraphe 1 de ce même article. Cette dernière disposition proclame l'interdiction des discriminations, interdiction dont la mise en œuvre n'implique pas une appréciation discrétionnaire.

ment n° 2408/92 ne peut être interprété en ce sens qu'il permet à un État membre de violer d'autres dispositions communautaires en vigueur, telles que le principe de proportionnalité [11].

ab) Violation des articles 3, paragraphe 1, et 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 et des articles 59, 61, paragraphe 1, et 84, paragraphes 1 et 2, du traité ainsi que des principes jurisprudentiels en matière de libre prestation des services (deuxième moyen d'annulation)

24. Par son deuxième moyen d'annulation, subsidiaire par rapport au premier, la requérante conteste le bien-fondé juridique de la décision attaquée, en ce qu'elle décide que les décrets italiens litigieux violent le droit communautaire en n'observant pas le principe de proportionnalité. Par la première branche de ce moyen, la requérante conteste le raisonnement sur la base duquel la décision attaquée affirme que les règles nationales de répartition du trafic doivent être jugées contraires au droit communautaire si elles ne respectent pas un principe

11 — Plus particulièrement, la Commission indique, d'une part, que l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 n'autorise pas les États membres à répartir le trafic aérien en violation du droit communautaire et, d'autre part, que le paragraphe 3 du même article ne limite pas les pouvoirs de la Commission au contrôle de la conformité de la mesure nationale avec les dispositions du paragraphe 1. Au contraire, le paragraphe 3 exige que la Commission examine si l'État membre peut continuer à appliquer la mesure.
La Commission indique que le principe de proportionnalité est un principe général du droit communautaire qui doit être observé par les États membres chaque fois qu'une disposition de la législation communautaire leur réserve l'exercice de pouvoirs bien définis. Elle rappelle également que, en vertu de l'article 155 du traité, «la Commission veille à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci». Cela étant, la Commission estime que l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92 ne saurait être interprété en ce sens qu'il interdit à la Commission d'adopter des décisions qui ignorent toute violation grave du principe de proportionnalité, alors que la Commission elle-même est exposée aux recours introduits en vertu de l'article 173 du traité CE (devenu, après modification, article 230 CE) pour violation de ce même principe, dans le cas où elle ne procède pas à l'examen de l'affaire à la lumière de tous les principes généraux du droit communautaire. Le fait que les dispositions de l'article 9, paragraphes 4 et 5, du règlement n° 2408/92 prévoient expressément un contrôle général de la légalité des mesures nationales n'exclut pas que ce même raisonnement s'applique aussi dans le cas de l'article 8, paragraphe 1. Sur ce point, pour étayer son analyse, la Commission indique que, dans son arrêt du 19 juin 1997, Air Inter/Commission (T-260/94, Rec. p. II-997), le Tribunal a examiné l'affirmation de la requérante selon laquelle une décision de la Commission serait défectueuse en raison de la violation de l'article 90, paragraphe 2, du traité CE (devenu article 86, paragraphe 2, CE), bien que cet article ne soit pas mentionné à l'article 8 du règlement n° 2408/92.
La Commission ajoute, en outre, qu'une telle interprétation restrictive de son pouvoir de décision serait contraire au principe de la bonne administration, dans la mesure où elle obligerait la Commission à approuver une mesure sur la base de l'article 8, paragraphes 1 et 3 du règlement n° 2408/92, pour ensuite entamer la procédure prévue à l'article 169 du traité. Cependant, une telle procédure, qui comprendrait deux phases, une phase de contrôle fondée sur l'article 8, paragraphes 1 et 3, du règlement n° 2408/92 et une phase de contrôle fondée sur l'article 169 du traité, ne serait pas conforme au principe de la sécurité juridique ni aux exigences d'une solution rapide des litiges concernant la légalité des mesures nationales qu'imposent les nécessités du marché des transports aériens.

de proportionnalité [12]. Par la seconde branche du même moyen, la requérante s'élève contre le fait que la décision attaquée, sous l'angle de la proportionnalité, considère que l'appréciation des décrets nationaux concernant le système aéroportuaire de Milan justifie la mesure d'interdiction à son encontre. Plus particulièrement, la requérante fait valoir que c'est à tort que la Commission, au point 49 de la décision attaquée, a apprécié la conformité des décrets italiens avec les règles communautaires en prenant comme critère un intérêt économique, comme celui de la viabilité d'un système aéroportuaire [13].

25. En ce qui concerne la première branche du deuxième moyen d'annulation, la Commission objecte à la requérante que le principe de la libre prestation des services aériens au sein de la Communauté est énoncé à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92. La Commission considère que les mesures nationales qui restreignent cette liberté doivent être conformes aux principes généraux qui régissent la libre prestation des services sur la base de la

12 — La requérante affirme que, même si l'on devait considérer que les principes consacrés par l'article 59 du traité sont pertinents lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions du décret, la Commission les a invoqués non pas pour interpréter l'article 8 du règlement, mais pour le compléter en lui attribuant une signification et une portée qui dépassent le contenu clair de cette disposition. En outre, la Commission ne peut se fonder sur l'article 59 et sur la jurisprudence relative à cette disposition fondamentale du traité. Les dispositions du titre IV du traité ne s'appliquent pas à la navigation maritime et aérienne (article 84, paragraphe 1). Il appartient au Conseil de réglementer le transport aérien (article 84, paragraphe 2). Le règlement n° 2408/92 a justement été adopté sur cette base juridique et, par conséquent, il constitue l'unique source normative dans le domaine faisant l'objet de la décision attaquée.
Selon la requérante, la Commission n'a pas appliqué adéquatement les principes jurisprudentiels relatifs aux restrictions de la libre prestation des services. Ces derniers ne peuvent s'appliquer dans le secteur du transport aérien, dès lors que le règlement n° 2408/92 a procédé à l'harmonisation des conditions d'accès aux lignes aériennes intracommunautaires. De plus, comme la requérante l'indique dans son mémoire en réplique, l'article 8, paragraphe 1, qui permet aux États membres de réglementer la répartition du trafic aérien à condition de respecter le principe de non-discrimination, comme, d'ailleurs, d'autres articles du règlement, notamment l'article 9, qui mentionne expressément (paragraphe 2, dernier tiret) la nécessité de respecter le principe de proportionnalité lorsqu'on impose des restrictions à l'exercice de leurs droits par les transporteurs, s'insère dans le cadre d'un pouvoir d'appréciation dont, selon la jurisprudence de la Cour (le gouvernement italien se réfère à l'arrêt du 22 mai 1985, Parlement/Conseil, 13/83, Rec. p. 1513, point 65), dispose le Conseil lors de l'instauration de la libre prestation des services dans le secteur du transport aérien. En l'espèce, donc, les décrets italiens litigieux sont soumis au contrôle seulement sur la base de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 et non sur la base des principes jurisprudentiels précités.

13 — La requérante fait valoir que, conformément à la jurisprudence de la Cour, le principe de proportionnalité s'applique lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité de restrictions fondées sur des exigences impératives liées à l'intérêt général. En conséquence, si une restriction n'est pas fondée sur une exigence impérative, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de proportionnalité. La requérante estime que, dans le cas où l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 admet les mesures en cause en fonction d'exigences économiquement valables (et sous réserve du principe de non-discrimination), il apparaît arbitraire de recourir aux principes généraux pour soumettre lesdites mesures au contrôle de proportionnalité.
Selon la requérante, la Commission ne peut, en outre, prétendre suppléer à l'absence de référence au principe de proportionnalité dans l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 en créant elle-même une nouvelle notion de l'intérêt général qui inclurait des exigences d'ordre purement économique, telles que celles sous-tendant la création d'un système aéroportuaire efficace. Le gouvernement italien ajoute également que la Commission ne saurait «jouer» sur la notion d'exigence impérative d'intérêt général en se réclamant de dispositions dépourvues de pertinence pour l'application du règlement n° 2408/92, parce que l'on ne voit pas comment il peut influer sur la légalité communautaire des décrets répartissant le trafic entre Malpensa et Linate, même à la lumière des thèses juridiques, toutefois contestées, sur lesquelles la décision attaquée s'appuie.

jurisprudence de la Cour. À cet égard, la Commission rappelle que les principes généraux précités, auxquels on est tenu de recourir, dans tous les cas, pour interpréter le règlement n° 2408/92, ne se limitent pas à interdire simplement les discriminations fondées sur la nationalité, mais qu'ils excluent également les mesures qui, tout en étant applicables aux prestataires de services indépendamment de leur nationalité, restreignent cette liberté, à moins que ces mesures ne soient justifiées par des exigences impérieuses liées à l'intérêt général ou si le même résultat peut être atteint par des règles moins restrictives.

26. En ce qui concerne la seconde branche du deuxième moyen d'annulation, tiré de la prétendue absence d'exigence impérieuse d'intérêt général, la Commission rappelle que les exigences de ce type ne peuvent faire l'objet d'une énumération exhaustive. Elle estime que l'objectif visant à créer une plaque tournante opérationnelle et viable, que l'on pourrait également décrire en utilisant des expressions comme «gestion efficace du trafic» ou «nécessité d'un réaménagement approprié du territoire», doit être considéré comme une exigence impérieuse d'intérêt général [14].

14 — La Commission estime que les considérations relatives aux infrastructures des transports relèvent de la notion d'intérêt général, ainsi que les articles 8, paragraphe 1, et 9 du règlement n° 2408/92 en témoignent. En outre, selon la Commission, si l'objectif visant à créer une plaque tournante opérationnelle et viable implique des conséquences macro-économiques, il ne vise aucunement des éléments micro-économiques dont la Cour a jugé inadmissible l'utilisation pour justifier des restrictions de la libre prestation des services. En tout état de cause, la jurisprudence a admis que le fait que les mesures nationales poursuivent parallèlement des objectifs économiques n'empêche pas que l'on puisse les considérer comme légitimes dans la mesure où elles poursuivent aussi des exigences impérieuses d'intérêt général, analyse qui est corroborée par les dispositions de l'article 129 C du traité CE (devenu, après modification, article 155 CE).

b) Notre point de vue

27. Par ses deux premiers moyens d'annulation, la requérante conteste la validité de la décision attaquée essentiellement au motif que la Commission a procédé au contrôle des décrets italiens litigieux non seulement au regard du principe de non-discrimination, mais aussi au regard du principe de proportionnalité.

28. Cette objection n'est pas convaincante ni ne peut mener à l'annulation de la décision attaquée. Nous estimons que, du point de vue du résultat, c'est à juste titre que la Commission a fondé le contrôle des règles italiennes sur les deux principes généraux précités du droit communautaire. Cependant, nous parvenons à cette conclusion pour des motifs qui s'écartent partiellement tant de la motivation de la décision attaquée que des arguments avancés devant la Cour par la Commission.

29. Tant la requérante que la Commission fondent leur raisonnement sur l'idée que le choix du principe de proportionnalité comme base juridique du contrôle de la légalité communautaire des décrets italiens litigieux présuppose soit l'application directe des principes généraux que la jurisprudence de la Cour puise dans l'article 59 du traité en ce qui concerne le contrôle des restrictions de la libre prestation des services, soit l'interprétation de l'article 8, paragraphes 1 et 3, du règlement n° 2408/92 à la lumière des principes en question. Toutefois, avant d'examiner si ces deux conditions alternatives peuvent être remplies et de poser, de cette façon, la question pré-

alable de savoir si et dans quelle mesure le règlement n° 2408/92 fait application du principe fondamental de la libre prestation des services dans le secteur des transports aériens, il convient d'examiner si la nécessité d'appliquer un principe de proportionnalité résulte, d'abord, de l'interdiction même des discriminations, énoncée expressément à l'article 8, paragraphe 1, du règlement en question. Si tel est le cas, il faudra, ensuite, examiner si les prémisses qui sont à la base du principe de proportionnalité que l'on doit appliquer s'identifient à celles qui sont à la base du principe de proportionnalité que la Commission a appliqué dans la décision attaquée. Dans un tel cas, alors, en effet, les deux premiers moyens d'annulation devront, en tout état de cause, être rejetés comme non fondés, indépendamment du résultat que pourrait avoir l'examen de la possibilité d'appliquer ou de prendre en considération les principes jurisprudentiels tirés de l'article 59 du traité.

30. D'abord, nous pensons que la nécessité d'appliquer le principe de proportionnalité résulte de l'interdiction même des discriminations, dont le respect est imposé expressément par l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92.

31. Il est indubitable que l'interdiction des discriminations qui est énoncée à l'article 8, paragraphe 1, doit être analysée à la lumière tant de la doctrine générale concernant le droit communautaire que de la jurisprudence de la Cour, selon lesquelles le principe général de non-discrimination vise tant les discriminations directes que les discriminations indirectes [15]. En conséquence, c'est à juste titre que la décision attaquée indique que « le principe de non-discrimination énoncé par l'article 8, paragraphe 1, interdit aussi toute mesure qui, sans faire explicitement ou directement référence à la nationalité ou à l'identité du transporteur, produit néanmoins en pratique, même indirectement, des effets discriminatoires » [16].

32. Sur ce point, il y a lieu de rappeler que, dans le cas des discriminations directes, l'existence de la discrimination est, par définition, manifeste: tant l'application d'un traitement différent à des cas similaires ou d'un traitement similaire à des cas différents (discrimination exercée dans la pratique) que le caractère illégal de ce traitement (discrimination au regard de la loi) résultent directement de la circonstance que les mesures litigieuses font usage d'un critère interdit. En revanche, pour pouvoir constater une discrimination indirecte, il faut conduire un raisonnement complexe, qui est fondé, dans un premier temps, sur une analyse approfondie de la situation concrète que régit la mesure litigieuse et sur l'examen de la question de savoir si, eu égard à cette situation, le critère utilisé, apparemment neutre, n'aboutit pas finale-

15 — Quant à la doctrine, voir Lenaerts, K., « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », dans *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 3.
Quant à la jurisprudence, voir, à titre indicatif, l'arrêt du 12 février 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153, point 11), qui a jeté les bases de la jurisprudence relative à l'interdiction des discriminations indirectes fondées sur la nationalité. En ce qui concerne la libre prestation des services, voir, à titre indicatif, parmi les arrêts récents, l'arrêt du 29 avril 1999, Ciola (C-224/97, Rec. p. I-2517, points 13 et suiv.).

16 — Voir point 30 de la décision attaquée.

ment, en pratique, à créer une discrimination, et, dans un second temps, sur la constatation du caractère discriminatoire, au regard de la loi, de la distinction opérée, c'est-à-dire du lien indirect mais étroit entre celle-ci et un critère interdit. En d'autres termes, dans le cadre du raisonnement susvisé, il est essentiel de vérifier, d'abord, si la discrimination existant dans la pratique est, d'une manière générale, la conséquence nécessaire du critère utilisé ou si elle constitue un effet fortuit qui n'est pas dû à la réglementation litigieuse. Franchement, cette vérification n'est pas toujours aisée et, en tout cas, ne peut préjuger de l'existence d'une discrimination au regard de la loi [17], que l'on recoure aux enseignements de l'expérience commune ou à des enquêtes statistiques. Pour ce motif, il faut, ensuite, encore faire une recherche en sens inverse, c'est-à-dire qu'il faut vérifier si la réglementation adoptée a un caractère objectif. Il est raisonnable d'apprécier ce caractère objectif en élaborant un raisonnement destiné à vérifier si la réglementation en question est proportionnée à son objectif, c'est-à-dire nécessaire, appropriée et non abusivement contraignante. Cet objectif doit correspondre à une exigence impérieuse d'intérêt général, intérêt qui doit être précisé, dans chaque cas, par la voie d'une interprétation. Cet objectif peut, certes, être déterminé, d'une manière générale, par une disposition légale, comme c'est le cas de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92, qui prévoie que l'objectif des mesures litigieuses doit s'inscrire dans le cadre de la répartition du trafic entre les aéroports d'un seul et même système aéroportuaire. Si la réglementation litigieuse est proportionnée à son objectif, elle doit alors être considérée comme valide, même si elle conduit dans la pratique à une discrimination, parce qu'il apparaît désormais clairement que cette discrimination ne peut être imputée à la réglementation litigieuse, mais soit est fortuite, soit doit être imputée aux objectifs légitimes de la loi eux-mêmes, loi dont la réglementation litigieuse constitue la concrétisation optimale. Il résulte donc de ce qui précède que, chaque fois que l'on vérifie l'existence d'une discrimination indirecte, il faut contrôler si la réglementation litigieuse est proportionnée à l'objectif légitime en vue duquel elle a été adoptée. Ce contrôle ne doit pas être considéré exclusivement comme un élément de la justification éventuelle de la discrimination indirecte, mais il doit en outre être conçu comme un élément constitutif du raisonnement qui conduit à identifier cette discrimination [18], ce qui différencie la logique de

17 — On ne peut apporter la preuve absolue de l'existence d'une discrimination que dans le cas des discriminations directes. La preuve immédiate des discriminations indirectes, comme dans d'autres cas de preuves juridiques, consiste à en établir la probabilité, ou plus exactement à créer une conviction judiciaire dans ce sens.

18 — Voir, à titre indicatif, arrêts du 23 mai 1996, O'Flynn (C-237/94, Rec. p. I-2617, point 20: «à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers»), et du 30 janvier 1997, Stöber et Piosa Pereira (C-4/95 et C-5/95, Rec. p. I-511, points 37 et suiv.).
De plus, la spécificité du cas des discriminations indirectes a déjà transparu dans le cadre de la jurisprudence relative aux restrictions légitimes de la libre prestation des services (voir ci-après, point 51 des présentes conclusions), parce que l'on ne voit pas clairement si les discriminations indirectes relèvent des dispositions restrictives qui font l'objet d'une application discriminatoire ou des dispositions appliquées indistinctement [voir, sur ce point, les conclusions de l'avocat général Tesauro (points 44 et suiv., surtout point 50) dans les affaires Decker (arrêt du 28 avril 1998, C-120/95, Rec. p. I-1831) et Kohll (arrêt du 28 avril 1998, C-158/96, Rec. p. I-1931)], circonstance qui a une incidence tant sur le choix des motifs qui peuvent conduire à une justification légitime de ces distinctions que sur la détermination de la contribution de cette justification à l'identification même des discriminations en question (voir, à ce sujet, Whelan, A., et Schouten, A., commentaire des arrêts Decker et Kohll, précités, dans *Revue des affaires européennes — Law & European Affairs*, 1999, p. 90 et suiv.).

la discrimination indirecte de celle de la discrimination directe [19].

33. En l'espèce, la Commission a estimé, à juste titre, d'une part, que les décrets italiens litigieux devaient, en raison de leur but et de leur objet, relever de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92, qui concerne les règles de répartition du trafic entre les aéroports d'un seul et même système aéroportuaire et, d'autre part, que, conformément à cette disposition, il fallait examiner si ces décrets impliquent une discrimination indirecte fondée sur la nationalité ou l'identité du transporteur aérien. En conséquence, eu égard aux observations qui précèdent, la Commission devait, premièrement, examiner les résultats de l'application des décrets litigieux et vérifier si cette application conduit à un traitement différent des transporteurs aériens intéressés du fait de leur nationalité ou de leur identité; deuxièmement, elle devait examiner si ces décrets répondaient à une nécessité impérieuse d'intérêt général qui correspond à l'un des divers objectifs d'intérêt général légitimes auxquels peut tendre une mesure assurant la répartition du trafic entre les aéroports d'un seul et même système aéroportuaire; troisièmement, elle devait vérifier si les dispositions de ces décrets étaient proportionnées à l'exigence impérieuse d'intérêt général susmentionnée.

34. Sur ce point, il y a lieu de signaler que, indépendamment de la base juridique invoquée et des éventuelles lacunes de l'interprétation et de l'application de l'interdiction des discriminations indirectes, la Commission a procédé, comme elle le devait, à toutes les opérations précitées.

35. Plus précisément, aux points 31 et suivants de la décision attaquée, la Commission, pour apprécier si les critères établis par le décret n° 46-T produisent des effets discriminatoires dans la pratique, a examiné les effets qui résulteraient de leur application à partir du 25 octobre 1998, date prévue par le décret n° 57-T.

36. De la lecture combinée des points 27, 27.1, 27.2 et 53 de la décision attaquée, il résulte que, dans les motifs et le dispositif de cette dernière, la Commission a considéré que les dispositions contenues dans les décrets italiens litigieux devaient être conformes à la fois au principe de non-

19 — En ce qui concerne l'importance du principe de proportionnalité dans le cadre de la théorie des discriminations indirectes, voir Giannakopoulos, K., Στατιστικά δεδομένα και απόδειξη δυσμενών λόγω φύλου διακρίσεων στο κοινοτικό δίκαιο (Données statistiques et preuve des discriminations en raison du sexe en droit communautaire), éd. A. N. Sakkoula, Athènes-Komotini, p. 144: «L'application susvisée du principe de proportionnalité joue un rôle important dans le contrôle de l'existence des discriminations indirectes fondées sur le sexe. Premièrement, c'est lui qui confère réellement à la justification de la discrimination indirecte le caractère objectif requis, qui correspond tant au caractère objectif des discriminations indirectes qu'au caractère objectif des données statistiques faisant présumer l'existence de ces discriminations. Ainsi, cette justification n'est pas fondée sur les buts subjectifs auxquels tend éventuellement la réglementation litigieuse, mais sur la possibilité objective que les moyens prévus par cette réglementation permettent la réalisation du but généralement considéré comme légitime en vue duquel elle a été adoptée. Deuxièmement, l'application du principe de proportionnalité est le mécanisme de contrôle qui est conforme à l'uniformisation (regroupement des cas en une même catégorie formelle) et à la schématisation (réglementation générale et abstraite) des jugements de valeur, qu'impose le caractère structurel des discriminations indirectes. Troisièmement, s'il vise à vérifier ces différences significatives qui justifient le traitement différent appliqué aux catégories comparées, c'est-à-dire à vérifier s'il existe une relation proportionnelle entre la réglementation différenciée et le motif qui la justifie, le contrôle de la proportionnalité des critères de justification objective d'une discrimination apparente confère réellement la dimension proportionnelle requise à l'égalité — ou plutôt à l'inégalité — arithmétique que révèlent les données statistiques qui font présumer l'existence de cette discrimination...».

discrimination et au principe de proportionnalité.

37. Au point 47 de la décision attaquée, la Commission a déterminé le but des mesures litigieuses et a contrôlé sa conformité avec les objectifs de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92. En particulier, elle a considéré que «Le projet Malpensa 2000 a pour objet de créer, au moyen de l'extension et de l'aménagement des installations existantes de l'aéroport de Malpensa, une plaque tournante complètement opérationnelle et économiquement viable. Les règles italiennes contribuent à cet objectif en assurant le transfert d'un volume suffisant de trafic de l'aéroport de Linate vers l'aéroport de Malpensa, de façon à garantir la viabilité de la plaque tournante. L'article 8 paragraphe 1 du règlement (CEE) n° 2408/92 reconnaît expressément la légitimité d'une politique dynamique d'aménagement aéroportuaire».

38. Enfin, aux points 47 et suivants de la décision attaquée, la Commission a examiné si les mesures adoptées par les décrets italiens litigieux sont proportionnées à l'objectif qu'ils poursuivent, c'est-à-dire si elles sont nécessaires à la création d'une plaque tournante opérationnelle et économiquement viable et à la réussite du projet de réseaux transeuropéens, et si le même résultat ne pouvait pas être atteint par l'application de règles moins contraignantes.

39. Il résulte donc de ce qui précède que la Commission, du moins si l'on en juge à partir du résultat, a fondé son raisonnement sur des prémisses adéquates. Cela vaut plus particulièrement en ce qui concerne les prémisses du principe de proportionnalité qu'elle a appliqué, qui concernent la détermination de l'exigence impérieuse d'intérêt général et l'analyse du programme de travaux pour la liaison avec l'aéroport de Malpensa.

40. Sur ce point, il convient de rappeler que la définition du but général des mesures nationales opérée par la disposition même de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 non seulement n'interdit pas, mais, au contraire, impose que l'on délimite l'objectif plus spécifique de la réglementation, en tout cas, litigieuse et que l'on contrôle la conformité de cet objectif spécifique avec le but plus général de la disposition en question. En conséquence, c'est à juste titre que la Commission a recherché et a délimité cet objectif plus spécifique, en faisant référence à la création d'une plaque tournante fonctionnelle et économiquement viable. En outre, c'est à juste titre qu'elle a estimé que cet objectif constituait une concrétisation légitime du but général de la disposition de l'article 8, paragraphe 1. Comme, d'ailleurs, la requérante elle-même l'admet[20], il n'est pas douteux que les exigences de l'organisation fonctionnelle et économique et de la gestion d'un complexe aéroportuaire constituent des raisons légitimes justifiant l'adoption de mesures réglant la répartition du trafic à

20 — Voir point 15 de la requête.

l'intérieur d'un système aéroportuaire, comme le prévoit l'article 8, paragraphe 1.

41. À cet égard, nous pensons que les griefs formulés par la requérante selon lesquels la Commission a fait erreur lorsqu'elle a choisi une exigence impérieuse à caractère économique sont dénués de fondement.

42. D'une part, il faut signaler que, en l'espèce, il n'y pas lieu d'appliquer la jurisprudence de la Cour selon laquelle « des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de services, quelle qu'en soit l'origine, ne sont compatibles avec le droit communautaire que si elles peuvent relever d'une disposition dérogatoire expresse, tel l'article 56 du traité.... des objectifs de nature économique ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de cet article » [21].

Premièrement, le recours à la jurisprudence précitée présuppose que l'on a résolu la question de savoir si les principes généraux des articles 59 et suivants s'appliquent au règlement n° 2408/92 [22], question dont la solution n'est pas un préliminaire à l'analyse de l'interdiction des discriminations qui est expressément énoncée par la lettre de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92.

Deuxièmement, il n'est pas du tout évident que les objectifs directs susmentionnés des décrets italiens litigieux soient en relation avec l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique.

Troisièmement, en tout cas, comme la Commission l'indique avec raison, il est évident que les exigences impérieuses des décrets italiens litigieux, dont parle la décision attaquée, comportent des conséquences macro-économiques à caractère organisationnel et fonctionnel, qui concernent l'existence même d'un système aéroportuaire et ne visent nullement — et, en tout cas, pas prioritairement — à produire des effets micro-économiques. En conséquence, sur la base de la jurisprudence précitée, on ne peut pas considérer comme illégitimes les motifs justifiant l'adoption des mesures litigieuses, étant donné que la Cour a jugé, dans son arrêt du 10 juillet 1984, Campus Oil e.a., que « le fait que la réglementation soit de nature à permettre d'atteindre, à côté des objectifs relevant de la sécurité publique, d'autres objectifs de nature économique éventuellement poursuivis par l'État membre, n'exclut pas l'application de l'article 36 » [23].

21 — Voir arrêt du 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007, point 11).

22 — Voir ci-après, points 47 et suiv. des présentes conclusions.

23 — 72/83, Rec. p. 2727, point 36.

Quatrièmement, nous pensons qu'il faut appliquer l'esprit de la jurisprudence Campus Oil e.a., même si l'on devait juger que, d'une manière générale et pas seulement dans le cadre des restrictions discriminatoires de la libre prestation des services imposées pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, la jurisprudence de la Cour considère que des raisons d'intérêt purement économique ne peuvent justifier objectivement une discrimination [24]. En d'autres termes, il faut admettre que l'existence d'objectifs secondaires de nature économique n'empêche pas que l'on considère un objectif comme répondant à une exigence impérieuse d'intérêt général.

43. D'autre part, il est essentiel de souligner que, puisque, en l'espèce, on contrôle l'existence d'une discrimination indirecte dans le cadre de la disposition de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92, la légitimité des objectifs poursuivis par les décrets italiens litigieux n'est pas appréciée d'une manière générale et abstraite sur la base des principes jurisprudentiels concernant les exigences impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier l'adoption de mesures nationales, mais sur la base de la détermination de l'objectif spécifique des décrets italiens litigieux et de la vérification de leur conformité avec le but général défini par cette disposition. Plus précisément, dès lors que les objectifs des décrets italiens litigieux constituent des motifs légitimes justifiant l'adoption de mesures réglant la répartition du trafic à l'intérieur d'un système aéroportuaire et, donc, sont conformes aux prescriptions de la disposition de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92, toute analyse ultérieure ou tout grief concernant leur contenu devra viser cette disposition et non les mesures nationales destinées à son application. À cet égard, il semble que personne ne conteste que la réglementation de la répartition du trafic à l'intérieur d'un système aéroportuaire constitue un motif légitime d'intérêt général, qui est fondé sur les caractéristiques spécifiques et les nécessités des transports aériens et qui, donc, pourrait justifier l'adoption de mesures par le Conseil et l'application d'éventuelles restrictions de la libre prestation des services dans ce secteur [25].

44. En conséquence, c'est à juste titre que la Commission a défini l'exigence impérieuse d'intérêt général au regard duquel elle devait juger le caractère proportionné des dispositions et des critères des décrets italiens.

45. Enfin, l'affirmation de la requérante selon laquelle le programme de travaux concernant la liaison avec l'aéroport de Malpensa, pris en considération par la Commission, est sans importance pour l'application du règlement n° 2408/92 est également dénuée de fondement. Étant

24 — Voir, par exemple, en ce qui concerne les discriminations fondées sur le sexe, arrêt de la Cour du 24 février 1994, Roks e.a. (C-343/92, Rec. p. I-571), où la Cour a jugé que des considérations d'ordre budgétaire ne sauraient justifier une discrimination au détriment de l'un des sexes (point 35).

25 — Voir, au sujet du pouvoir discrétionnaire du Conseil, ci-après, point 50 des présentes conclusions.

donné qu'elles sont, par définition, fonction des effets réels des mesures litigieuses, les discriminations indirectes ont un caractère dynamique et évoluent avec le temps, ce qui exige que l'on prévoie et suive le développement de la situation réelle sur laquelle influent les mesures en question. En conséquence, pour examiner les effets de l'application pratique des décrets italiens litigieux comme pour contrôler adéquatement leur proportionnalité par rapport à l'objectif qu'elles poursuivent, la Commission devait incontestablement tenir compte de la situation (accès, infrastructures, etc.) existant à l'aéroport de Malpensa et des perspectives d'évolution de cette situation dans le cadre temporel d'application des décrets en question. La situation de l'aéroport de Malpensa devait, en effet, être examinée par comparaison avec celle de l'aéroport de Linate et non par comparaison avec d'éventuels modèles européens d'organisation aéroportuaire. C'est précisément sur la comparaison de ces deux aéroports que se fonde, en l'espèce, la constatation de la discrimination indirecte et de la disproportion, qui y est liée, existant entre ces mesures et leur objectif. À cet égard, si l'on devait estimer a priori que même la réalisation complète des travaux d'infrastructure à l'aéroport de Malpensa ne pourrait compenser ses inconvénients par rapport à l'aéroport de Linate, cela conforterait simplement l'argumentation de la Commission et cela renforcerait encore la conviction qu'il existe une discrimination indirecte.

46. Eu égard à ce qui précède, nous pensons que l'examen de la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer les principes généraux dégagés par la jurisprudence de la Cour concernant la libre prestation des services et la solution, qui y est liée, de la question de savoir si le règlement n° 2408/92 a transposé dans le secteur des transports aériens la libre prestation des services consacrée par l'article 59 ne sont pas aussi cruciales que le donnent à penser les affirmations des parties relatives aux deux premiers moyens d'annulation. Au contraire, elles paraissent inutiles dans la mesure où l'obligation pour la Commission de contrôler les décrets italiens litigieux au regard du principe de proportionnalité est fondée sur l'interdiction même des discriminations et n'exige pas que l'on invoque la jurisprudence relative aux articles 59 et suivants du traité.

47. Cependant, dans la mesure où, pour que l'analyse de la base juridique de la décision attaquée soit complète, il est opportun d'examiner les questions précitées, nous pensons que c'est avec raison que la Commission a fait référence à cette jurisprudence.

48. D'abord, il est indubitable que le règlement n° 2408/92 a réellement transposé la libre prestation des services dans le secteur des transports aériens[26]. Cela résulte clairement, premièrement, des deux

26 — Comme cela est, d'ailleurs, indiqué dans l'arrêt Air Inter/Commission (précité, points 1 et 2): «En vue d'établir progressivement le marché intérieur du transport aérien, le législateur communautaire a adopté, dans les années 1987, 1990 et 1992, trois trains de mesures, appelés 'paquets' du fait qu'ils regroupent de nombreux textes. Le troisième 'paquet', arrêté le 23 juillet 1992, se compose de cinq règlements qui visent à garantir, d'une part, la libre prestation des services de transport aérien et, d'autre part, l'application des règles communautaires de la concurrence dans ce secteur. Parmi ces cinq règlements figure le règlement (CEE) n° 2408/92...».

premiers considérants du règlement, où il est indiqué qu'« il importe de mettre en place une politique des transports aériens en vue d'établir progressivement le marché intérieur au cours de la période expirant le 31 décembre 1992, conformément à l'article 8 A du traité » et que « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »; deuxièmement, du dix-neuvième considérant de ce même raisonnement, où il est indiqué qu'« il est souhaitable que toutes les questions relatives à l'accès au marché soient couvertes par un seul et même règlement »; troisièmement, de l'article 3 du règlement, en vertu duquel « Sous réserve du présent règlement, les transporteurs aériens communautaires sont autorisés par le ou les États membres concernés à exercer des droits de trafic sur des liaisons intracommunautaires ».

49. Comme la requérante le signale à juste titre, en vertu de l'article 61, paragraphe 1, du traité, combiné avec l'article 84, paragraphe 2, les articles 59 et suivants du traité, qui consacrent la libre prestation des services, ne s'appliquent pas directement dans le secteur des transports. Ces articles peuvent seulement servir de point de référence lorsqu'il s'agit pour le Conseil de mettre en œuvre le principe de la libre prestation des services [27]. En d'autres termes, les articles 59 et suivants, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour, constituent le cadre interprétatif des dispositions spécifiques adoptées par le Conseil dans le règlement n° 2408/92.

50. La question qui se pose, en l'espèce, est de savoir si et dans quelle mesure le Conseil, lorsqu'il fait application de la libre prestation des services dans le secteur des transports aériens, dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prévoir des dérogations à l'objectif poursuivi par les articles 59 et suivants du traité. Dans l'arrêt Parlement/Conseil, la Cour a résolu cette question en indiquant que « le Conseil ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire dont il peut se prévaloir dans d'autres domaines de la politique commune des transports. Le résultat à atteindre étant fixé par le jeu combiné des articles 59, 60, 61 et 75, paragraphe 1, sous a) et b), seules les modalités pour mettre en place ce résultat en tenant compte, conformément à l'article 75, des aspects spéciaux des transports peuvent donner lieu à l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation » [28]. Il résulte de cet arrêt que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le Conseil a un caractère exclusivement technique et se limite à adapter au secteur des transports les dispositions des articles 59 et suivants et les principes généraux pertinents dégagés par la jurisprudence de la Cour. À cet égard, si le Conseil s'écartait des conclusions de la jurisprudence en question, il devrait l'indiquer expressément dans la réglementation qu'il adopte et justifier spécifiquement et

27 — Voir, sur ce point, les conclusions de l'avocat général Van Gerven (points 14 et 23) dans l'affaire Corsica Ferries (arrêt du 17 mai 1994, C-18/93, Rec. p. I-1783).

28 — Arrêt déjà cité à la note 11, point 65.

suffisamment cette dérogation en considération des caractéristiques particulières du secteur des transports.

51. Comme on le sait, la jurisprudence de la Cour affirme que l'article 59, qui est d'application directe depuis l'expiration de la période de transition [29], exige non seulement l'élimination de toute discrimination, directe ou indirecte [30], à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, dans lequel il fournit légalement des services analogues [31]. De même, selon une jurisprudence constante, «la libre prestation de services en tant que principe fondamental du traité ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi» [32]. Enfin, selon la jurisprudence de la Cour, les réglementations restrictives susvisées doivent respecter le principe de proportionnalité. «L'application des réglementations nationales aux prestataires établis dans d'autres États membres doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint; en d'autres termes, il faut que le même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes» [33].

52. Il résulte de ce qui précède que les réglementations relatives à la libre prestation des services dans les transports aériens doivent, en principe, respecter tant le principe de non-discrimination que les principes généraux régissant les mesures limitant cette liberté et s'appliquant indistinctement. Cela ne peut pas ne pas valoir pour la disposition de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92. En ce qui concerne les discriminations, le problème ne se pose pas, parce que ces dernières sont expressément interdites par le texte de cette disposition. En ce qui concerne, cependant, les restrictions indistinctement appliquées de la libre prestation des services dans les transports, il faut admettre que les conclu-

29 — Voir, à titre indicatif, arrêt du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne (205/84, Rec. p. 3755, point 25).

30 — Voir, à titre indicatif, arrêt du 3 juin 1992, Commission/Italie (C-360/89, Rec. p. I-3401, point 11).

31 — Voir, à titre indicatif, arrêts Collectieve Antennevoorziening Gouda (déjà cité à la note 21, points 12 et suiv.), et du 12 décembre 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-6511, point 25).

32 — Voir arrêt du 9 août 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803, point 16). Il y a lieu de souligner que, contrairement à ce qui se passe dans le cas des restrictions qui ne sont pas appliquées indistinctement (voir ci-dessus, point 42 des présentes conclusions), en l'espèce, il n'est pas requis que la justification des mesures soit fondée exclusivement sur une disposition dérogatoire expresse, telle que l'article 56 du traité CE (devenu, après modification, article 46 CE).

33 — Voir arrêt Collectieve Antennevoorziening Gouda (déjà cité à la note 21, point 15).

sions de la jurisprudence de la Cour en la matière imposent d'interpréter la disposition de l'article 8, paragraphe 1, en ce sens que, puisque les mesures adoptées en vue de régler la répartition du trafic à l'intérieur d'un système aéroportuaire constituent des restrictions de la libre prestation des services telles que visées par cette jurisprudence [34], ces mesures doivent être proportionnées au but de cette réglementation, qui est prévu par la disposition elle-même et peut, en principe, justifier ces restrictions [35]. Une éventuelle dérogation à cette obligation devrait être prévue expressément par le règlement et être justifiée par les particularités des transports aériens. Aucune dérogation n'est, toutefois, prévue et il ne serait pas logique que tel soit le cas, parce que l'on ne voit pas pour quel motif une mesure qui concerne la réglementation des transports aériens pourrait ne pas être proportionnée à l'objectif en vue duquel elle a été adoptée.

53. En conséquence, c'est à juste titre que la Commission, invoquant l'article 8, paragraphes 1 et 3, a vérifié la légalité communautaire des décrets italiens litigieux au regard de la jurisprudence de la Cour relative aux restrictions de la libre prestation des services [36] et que, en particulier, elle a examiné, d'une part, si les mesures adoptées imposent des restrictions indistinctement applicables, au sens de cette jurisprudence, et, d'autre part, si ces restrictions sont propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint [37].

54. Il résulte, donc, des observations qui précèdent que, dans la décision attaquée, la Commission a, à juste titre, soumis les décrets italiens litigieux à un contrôle de légalité communautaire au regard du principe de proportionnalité. Parallèlement, c'est à juste titre qu'elle a déterminé les prémisses de ce contrôle et, plus particulièrement, l'exigence impérieuse d'intérêt général au regard de laquelle elle devait apprécier le caractère proportionnel des dispositions et critères des décrets en question. En conséquence, que l'on accepte l'interprétation adoptée par la Commission quant à la détermination de la base juridique de la décision attaquée ou que l'on estime opportun, conformément à ce que nous avons exposé ci-dessus, de substituer à cette interprétation une interprétation partiellement différente, les arguments avancés par la requérante à l'appui de ses premier et deuxième moyens doivent être rejetés parce qu'ils sont dénués de fondement.

34 — À cet égard, nous pensons qu'il n'est pas douteux que les dispositions litigieuses constituent réellement des restrictions de la libre prestation des services. Comme la Commission l'indique à juste titre au point 48 de la décision attaquée, «Les règles italiennes ne permettront plus aux transporteurs aériens de choisir l'aéroport de Linate pour l'exploitation de liaisons n'atteignant pas les seuils établis. Dans la pratique, cette règle s'appliquera à toutes les liaisons aériennes, à l'exception de la liaison Milan-Rome. Partant, ces règles restreignent la liberté de fournir des services aériens dans la Communauté au départ et à destination de Milan».

35 — Voir ci-dessus, point 43 des présentes conclusions.

36 — Voir point 27.2 de la décision attaquée.

37 — Voir point 48 de la décision attaquée.

B — *Violation ou interprétation erronée de l'article 8, paragraphes 1 et 3, du règlement n° 2408/92, dues à une application erronée du principe de proportionnalité (troisième moyen d'annulation)*

55. Par son troisième moyen d'annulation, qu'elle avance à titre subsidiaire et pour le cas où la Cour ne se rallierait pas aux critiques formulées dans les moyens précédents, la requérante conteste la validité de l'application du principe de proportionnalité qui a été effectuée en l'espèce. En particulier, le gouvernement italien rejette complètement l'affirmation selon laquelle les décrets italiens litigieux, qui ont imposé les restrictions de la libre prestation des services, sont contraires au principe de proportionnalité, que la Commission considère comme applicable, en principe, au problème en cause. La requérante met essentiellement en doute les prémisses spécifiques sur lesquelles ce principe est fondé, c'est-à-dire la structure de la formulation des divers critères de proportionnalité. Parallèlement, sur certains points, elle conteste la justesse de l'appréciation de certaines circonstances de fait effectuée dans le cadre de l'application de ces critères.

56. Nous pensons que les griefs formulés par la requérante ne sont pas fondés et l'on peut s'en apercevoir en vérifiant les diverses étapes du raisonnement suivi dans les motifs de la décision attaquée.

57. D'abord, il y a lieu de rappeler que la définition du but que poursuivent les dispositions introduites par les décrets italiens litigieux ne fait l'objet d'aucune contestation. En effet, comme la Commission l'indique avec raison au point 47 de la décision attaquée, les décrets italiens contribuent à la réalisation du projet «Malpensa 2000», en décidant qu'un volume suffisant de trafic aérien sera transféré de l'aéroport de Linate à l'aéroport de Malpensa, de manière à faire en sorte que ce dernier soit une plaque tournante opérationnelle et économiquement viable.

58. En conséquence, sur la base des divers critères d'application du principe de proportionnalité qui sont généralement admis, il fallait, en l'espèce, examiner: premièrement, si les dispositions litigieuses étaient *nécessaires*, c'est-à-dire si elles étaient justifiées par l'objectif poursuivi; deuxièmement, si elles étaient *appropriées*, c'est-à-dire si elles étaient propres à garantir la réalisation de cet objectif; et, troisièmement, si elles étaient *rationnelles* (*proportionnelles* au sens strict), c'est-à-dire si elles imposaient un traitement différent (cas où le principe de proportionnalité est appliqué pour établir l'existence d'une discrimination indirecte) ou restreignaient la libre prestation des services (cas où le principe de proportionnalité est appliqué conformément à la jurisprudence de la Cour relative aux articles 59 et suivants du traité) dans la mesure où cela était réellement nécessaire à la réalisation de l'objectif susmentionné et que les avantages qui en découlaient l'emportaient sur les inconvénients ou, du moins, étaient équivalents à ceux-ci.

59. Eu égard à cette définition générale des divers critères de proportionnalité, il y a

lieu de considérer que c'est à juste titre que la Commission a signalé, au point 48 de la décision attaquée, qu'il fallait examiner si les mesures adoptées par les décrets italiens litigieux étaient proportionnées à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire si elles étaient nécessaires à la création d'une plaque tournante opérationnelle et économiquement viable et à la réussite du projet de réseaux transeuropéens et si le même résultat ne pouvait pas être atteint par l'application de règles moins contraignantes.

60. Sur ce point, il y a lieu de signaler que l'application susvisée des critères de proportionnalité n'a pas un caractère théorique ni ne peut être fondée exclusivement sur des considérations téléologiques abstraites. Comme dans tout raisonnement juridique, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, il faut non seulement que la majeure mais aussi la mineure soient adéquatement formulées. À cette fin, le contrôle de proportionnalité impose, d'une part, que l'on prenne en considération les particularités de la situation pratique concernée, au regard de laquelle on apprécie si les mesures litigieuses sont nécessaires, appropriées et rationnelles par rapport à l'objectif poursuivi. D'autre part, la finalité de ce même contrôle doit être déterminée par le raisonnement juridique plus large dans le cadre duquel il s'inscrit. En l'espèce, les divers critères de proportionnalité doivent donc être appliqués non pas de manière neutre, mais toujours en fonction soit du processus logique visant à démontrer l'existence d'une discrimination indirecte, soit des règles définissant les limites des restrictions indistinctement appliquées de la libre prestation des services dans le secteur des transports aériens.

61. Lorsque la requérante a défini les critères de proportionnalité, elle a commis des erreurs précisément dans la formulation de la mineure de son raisonnement. Cela est manifeste pour l'ensemble des griefs énoncés, dans le cadre du troisième moyen d'annulation, à l'encontre des motifs de la décision attaquée.

62. En effet, en ce qui concerne, d'abord, la conception générale du contrôle de proportionnalité dans la présente affaire, on ne peut pas considérer que le raisonnement qui doit être suivi est reflété avec précision par l'affirmation de la requérante selon laquelle la décision attaquée devait apprécier la proportionnalité en vérifiant essentiellement si la concentration du trafic à l'aéroport de Malpensa, imposée par les décrets italiens litigieux, allait au-delà de l'objectif poursuivi par le gouvernement italien, qui consistait à faire du nouveau centre aéroportuaire une plaque tournante économiquement viable [38]. D'une part, ce qui importe, en l'espèce, ce n'est pas la concentration du trafic à l'aéroport de Malpensa, considérée en elle-même, mais la mesure dans laquelle le transfert du trafic de

38 — Le gouvernement italien rappelle que la Commission admet que les règles de répartition du trafic adoptées par les autorités italiennes sont conformes à l'objectif consistant à transférer un pourcentage du trafic qui soit en mesure de garantir la rentabilité de l'investissement et que cet objectif est conforme à la législation communautaire. La requérante estime, à cet égard, que la concentration d'un volume de trafic propre à permettre les correspondances entre les vols en provenance des aéroports régionaux et les vols long-courriers est déterminante pour la création d'un centre aéroportuaire. La suggestion de la Commission consistant à répartir le trafic en attribuant 45 % de celui-ci à Linate et 55 % à Malpensa garantirait le fonctionnement des deux aéroports régionaux, mais non celui d'un aéroport qui serait utilisé comme plaque tournante. Elle va, dès lors, à l'encontre de l'objectif déclaré du projet.

l'aéroport de Linate à l'aéroport de Malpensa implique un traitement différent ou une restriction de la libre prestation des services. D'autre part, l'autre terme de la comparaison ne peut être, d'une manière générale et abstraite, l'objectif poursuivi par le gouvernement italien, consistant à créer une plaque tournante économiquement viable. En d'autres termes, on ne peut se borner à prendre en considération le projet de plaque tournante tel qu'il sera finalement réalisé. Puisque la réalisation d'un projet aussi ambitieux exige incontestablement un temps considérable, il n'est pas douteux que la proportionnalité des dispositions litigieuses doit s'apprécier au regard de la situation réelle existante, en fonction du calendrier général et de l'état d'avancement des travaux nécessaires. Les caractéristiques de la situation réelle influencent principalement le contrôle de la rationalité des dispositions litigieuses, que la requérante ne prend pas spécifiquement en considération. Plus précisément, comme nous l'avons déjà indiqué, il faudra, sur la base d'une évaluation des avantages et des inconvénients des dispositions litigieuses, juger si le même résultat peut être atteint par des moyens moins contraignants. Pour cela, cependant, il ne suffit pas de justifier les mesures litigieuses d'une manière générale au regard des objectifs finaux du projet, mais il faut manifestement analyser les données réelles valant au moment de l'adoption de ces mesures.

63. Les erreurs qui caractérisent la conception générale de l'application du principe de proportionnalité dans la présente affaire se font jour aussi dans les divers griefs particuliers énoncés par la requérante à l'encontre des arguments contenus dans les motifs de la décision attaquée.

64. Premièrement, lorsqu'elle formule un grief par lequel elle fait valoir que le premier argument de la Commission, selon lequel le volume de trafic transféré ne serait pas compatible avec les conditions actuelles des infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa, est sans rapport avec le seul critère pertinent en matière de proportionnalité, c'est-à-dire l'adéquation de la concentration des vols à Malpensa par rapport à l'objectif du gouvernement italien, la requérante ne tient pas compte du fait que la proportionnalité des dispositions litigieuses doit s'apprécier en fonction, parallèlement, de la situation réelle existante, du calendrier général et de l'état d'avancement des travaux nécessaires. En particulier, la requérante, demeurant fidèle à une approche téléologique générale de la question de la proportionnalité des dispositions litigieuses, ne tient pas compte du fait que les divers critères de proportionnalité (nécessité, caractère approprié, rationalité) doivent être appliqués au regard des exigences concrètes du projet «Malpensa 2000» telles qu'elles se présentaient au moment de l'application de ces dispositions.

65. En revanche, aux points 49, 49.1 et 49.2 de la décision attaquée, la Commis-

sion a, à juste titre, signalé qu'il fallait apprécier la nécessité [39] et la rationalité [40] des dispositions litigieuses en fonction de l'état d'avancement des travaux concernant l'accès à l'aéroport de Malpensa et les infrastructures de celui-ci. Cette observation est en concordance parfaite avec le fait que, pour constater la discrimination exercée en pratique au bénéfice d'Alitalia, constatation qui, en l'espèce, délimite téléologiquement l'application du principe de proportionnalité, la Commission a aussi pris en considération le niveau des infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa [41].

66. Sur ce point, il convient, par ailleurs, de faire observer que le moyen invoqué à cet égard par la requérante, selon lequel les autorités nationales ont, en tout cas, démontré la compatibilité des infrastructures d'accès avec le volume de trafic qui serait transféré, ne paraît pas fondé. Comme il résulte des points 49.1 et 39 à 43 de la décision attaquée (combinés) et sans qu'il faille faire référence à des éléments qui se sont fait jour après l'adoption de cette décision [42], les lacunes des infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa, sur la base desquelles la Commission apprécie tant l'existence d'une discrimination dans la pratique que le caractère disproportionné du trafic transféré à l'aéroport de Malpensa, ont été constatées sur le fondement des informations que la Commission avait à sa disposition [43] et que la requérante ne conteste pas en avançant des éléments précis et appropriés. Cette dernière, pour démontrer que l'accès à l'aéroport de Malpensa ne pose pas de problème grave, rappelle simplement les études indiquant qu'il n'y a de problèmes de circulation sur l'autoroute menant à l'aéroport de Malpensa que pendant les heures de pointe, certains jours fériés et pendant environ 5 % du temps d'utilisation total de l'autoroute [44]. Cependant ces constatations de fait, qui ne sont d'ailleurs pas contestées par la Commission [45], plaident en faveur de la justesse des motifs de la décision attaquée. En l'espèce, il n'importe

39 — Voir points 49 à 49.2 de la décision attaquée: «À cet égard, la Commission constate qu'il n'est pas démontré que la création d'une plaque tournante économiquement viable, ainsi que la réussite du projet de réseaux transeuropéens, nécessitent des mesures aussi 'contraignantes'..... La viabilité de l'exploitation de la plaque tournante de Malpensa nécessite le transfert d'un volume de trafic compatible avec la capacité des installations aéroportuaires et des infrastructures d'accès. Dans le cas contraire, le succès du développement et du positionnement futur de l'aéroport de Malpensa comme plaque tournante dans la Communauté pourrait être compromis».

40 — Voir point 50 de la décision attaquée: «Au vu de ce qui précède, la Commission est d'avis que la création d'une plaque tournante totalement efficace et opérationnelle ne suppose pas nécessairement le transfert d'un volume de trafic équivalent à 11,7 millions de passagers le 25 octobre 1998. Retarder ce transfert ou l'effectuer progressivement à compter du 25 octobre 1998 serait plus adapté à la réalisation de cet objectif et permettrait également de limiter les atteintes à la liberté de prestation de services aériens au départ et à destination de Milan. Les règles italiennes n'apparaissent donc pas indispensables pour atteindre l'objectif poursuivi par les autorités italiennes, qui peut être atteint avec des mesures moins restrictives du point de vue de la liberté de prestation des services aériens».

41 — Voir points 45 et 46 de la décision attaquée.

42 — La Commission fait observer que, malgré le transfert réduit du trafic de passagers, prévu par le décret italien du 9 octobre 1998, de nombreux problèmes opérationnels se sont manifestés à Malpensa. Ces problèmes, combinés avec le fait que les conditions d'accès à la plaque tournante de Malpensa n'ont pas été modifiées, constituent d'autres indices confirmant la légalité de l'analyse effectuée par la Commission dans la décision attaquée.

43 — La décision attaquée comporte une référence précise aux caractéristiques des infrastructures répertoriées lors de la réunion du groupe Christophersen, chargé du suivi du projet «Malpensa 2000», qui s'est tenue le 27 octobre 1997 (point 40 de la décision attaquée). De même, dans son mémoire en défense (point 44), la Commission indique que la lettre du ministre Burlando du 15 juillet 1998 mentionne les mois de mai et de juillet 1999 comme dates de mise en service de la liaison ferroviaire avec l'aéroport de Malpensa. Enfin, dans son mémoire en duplique (point 15), la Commission fait référence à des informations qui lui ont été fournies par les autorités italiennes le 1er avril 1998. Ces informations ont été confirmées lors de la réunion du comité spécial des États membres du 17 août 1998 et visent des faits constatés lors des travaux du groupe Christophersen, précité.

44 — Voir point 24 de la requête.

45 — Voir point 44 du mémoire en défense.

pas de savoir si, d'une manière générale, les infrastructures d'accès existantes empêchent la réalisation des objectifs poursuivis par le gouvernement italien ou si la plus grande partie des travaux initialement programmés en ce qui concerne l'accès à l'aéroport de Malpensa ont déjà été réalisés. Ce qui importe avant tout pour contrôler la légalité des décrets italiens litigieux, c'est le point de savoir si les conditions d'accès à cet aéroport rendent ce dernier aussi accessible que l'aéroport de Linate et justifient absolument le volume de trafic transféré le 25 octobre 1998, de telle manière que, à ce moment, il n'y avait pas de discrimination injustifiable fondée sur la nationalité et/ou l'identité du transporteur aérien ou de restriction disproportionnée de la libre prestation des services dans le secteur des transports aériens. En d'autres termes, puisqu'il n'est pas contesté que, en fait, surtout aux heures de pointe, il existe des problèmes de circulation et, en général, des problèmes posés par les infrastructures d'accès, qui pourraient empêcher les voyageurs d'atteindre l'aéroport de Malpensa, provoquer des retards dans le départ des vols et, enfin, conduire les voyageurs à préférer l'aéroport de Linate à celui de Malpensa, il est indifférent de savoir que certains travaux d'infrastructure seront réalisés ou ont déjà été réalisés selon un programme général initialement défini.

67. Deuxièmement, l'affirmation de la requérante selon laquelle le fait que le montage financier sur lequel s'appuie le projet « Malpensa 2000 » n'exigeait pas le transfert du trafic avant le 31 décembre 2000 est, elle aussi, sans fondement, pour des motifs analogues à ceux exposés lors de l'examen du grief précédent. Ce fait, qui n'est, en substance, pas contesté par la requérante, constitue un indice clair démontrant qu'il n'était pas nécessaire de transférer tout le volume de trafic le 25 octobre 1998. Puisque, comme nous l'avons dit, les constatations relatives aux lacunes des infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa ne sont pas réfutées et que la requérante ne prouve pas qu'il était nécessaire de transférer la totalité du trafic avant le 31 décembre 2000, il résulte manifestement dudit fait que les dispositions adoptées sont disproportionnées, sans qu'il faille accorder de l'importance aux considérations concernant la faculté pour un État membre de gérer sa politique aéroportuaire de manière autonome. Il faut encore souligner que ce qui importe, en l'espèce, ce n'est pas seulement la constatation de la compatibilité générale des mesures prises avec le projet « Malpensa 2000 », mais le contrôle spécifique et concret du caractère nécessaire, approprié et rationnel de ces mesures au regard de la situation réelle existant au moment où elles ont été adoptées.

68. Troisièmement, la circonstance que l'argument de la Commission concernant les conséquences du volume du trafic transféré sur le fonctionnement de l'aéroport de Linate [46] soit contesté ne paraît pas

46 — Selon la requérante, le troisième argument de la Commission, selon lequel la décision de transférer le trafic de Linate à Malpensa serait contraire à la volonté, exprimée dans le décret n° 46-T, de maintenir, en tout cas, Linate en service, ne correspond pas à la réalité. L'aéroport de Linate reste en service, même si son utilisation est restreinte.

avoir d'importance quant à la justesse des motifs de la décision attaquée et, en tout cas, la réfutation qui en est faite ne convainc pas. D'une part, il s'agit d'un argument subsidiaire dont la réfutation ne compromet pas l'exactitude des appréciations antérieures de la Commission concernant le caractère proportionnel ou non des dispositions litigieuses. D'autre part, comme il ressort clairement du point 51 de la décision attaquée, ce qui est déterminant ce n'est pas de savoir si, après le transfert du trafic, l'aéroport de Linate fonctionnera encore, mais précisément quelles activités y seront maintenues et quelle sera leur ampleur et à quels transporteurs aériens il sera accessible. De plus, comme il est indiqué dans le même point de la décision attaquée, on ne peut considérer le volume de trafic transféré comme propre à permettre la réalisation de l'objectif consistant à garder des liaisons point à point, mentionné dans les considérants des dispositions nationales litigieuses.

69. Quatrièmement, en ce qui concerne la remarque finale de la requérante, disant que la Commission a outrepassé les limites de la compétence qui lui est conférée par l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92, parce qu'elle n'a pas fondé son jugement sur le principe de proportionnalité mais sur une appréciation discrétionnaire de l'opportunité de l'action décidée par le gouvernement italien à Malpensa, nous pensons que, une fois encore, le grief avancé est fondé sur une définition erronée des modalités d'application des divers critères de proportionnalité. Plus précisément, comme nous l'avons indiqué, l'application du troisième critère, c'est-à-dire celui de la *rationalité* des dispositions litigieuses, impose de contrôler si ces dispositions sont réellement nécessaires. Dans le cadre de ce contrôle, on examine si les avantages liés aux dispositions en question dépassent leurs inconvénients ou, du moins, leur sont équivalents. Si l'on constate qu'il était possible de réaliser les objectifs concernés en prenant d'autres mesures, moins défavorables ou moins restrictives, il faut considérer que les dispositions litigieuses sont disproportionnées, stricto sensu, par rapport au but poursuivi. Il est donc évident que, pour apprécier la rationalité de ces mesures, il faut, entre autres, vérifier si elles sont opportunes. Cependant, cette vérification n'est pas arbitraire, mais elle doit s'inscrire dans le cadre herméneutique et téléologique adéquat de l'application du principe de proportionnalité.

Eu égard aux considérations qui précèdent, il résulte du point 50 de la décision attaquée que la Commission a appliqué correctement les principes régissant l'évaluation de la rationalité des dispositions nationales litigieuses. Plus précisément, puisque la Commission a jugé que «Retarder ce transfert ou l'effectuer progressivement à compter du 25 octobre 1998 serait plus adapté à la réalisation de cet objectif et permettrait également de limiter les atteintes à la liberté de prestation de services aériens au départ et à destination de Milan», c'est à bon droit qu'elle a conclu que «Les règles italiennes n'apparaissent donc pas indispensables pour atteindre l'objectif poursuivi par les autorités italiennes, qui peut être atteint avec des mesures moins restrictives du point de vue de la liberté de prestation des services aériens». Ce jugement ne constitue pas une appréciation arbitraire de l'opportunité de l'action

décidée par le gouvernement italien, mais une application correcte du critère de la rationalité des dispositions litigieuses, qui ne sort pas des limites de la compétence de la Commission. De ce fait, les affirmations en sens contraire de la requérante doivent être rejetées comme non fondées.

71. Eu égard à ce qui précède, nous pensons donc que les affirmations formulées par la requérante dans le cadre de son troisième moyen d'annulation doivent être globalement rejetées comme étant dénuées de fondement.

C — *En ce qui concerne la violation de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92 eu égard aux règles relatives aux discriminations indirectes et l'appréciation manifestement erronée des faits (quatrième moyen d'annulation)*

70. Enfin, il y a lieu de signaler qu'est aussi infondée l'affirmation, figurant dans le mémoire en réplique, selon laquelle la Commission aurait dû disposer d'une définition communautaire des conditions standard de la localisation des aéroports destinés au trafic intra- et extracommunautaire et à leurs liaisons urbaines. En l'espèce, il n'importe pas que l'accès à l'aéroport de Malpensa soit plus ou moins difficile sur la base des prescriptions communautaires européennes ou par comparaison avec les conditions d'accès à d'autres aéroports de l'Union européenne. Ce qui importe, c'est d'examiner si le niveau des infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa compense les inconvénients de la situation géographique de cet aéroport par comparaison avec l'aéroport de Linate. Cela signifie que tant le contrôle fondé sur le principe de non-discrimination que le contrôle de proportionnalité des mesures sont basés sur la comparaison de la situation de l'aéroport de Malpensa avec celle de l'aéroport de Linate et pas exclusivement sur la détermination objective de la situation de ce premier aéroport. En conséquence, l'absence de définition communautaire des conditions standard de la localisation des aéroports n'affaiblit pas le fondement des motifs de la décision attaquée.

72. Par son quatrième moyen d'annulation, la requérante énumère trois erreurs compromettant la légalité de la décision attaquée, erreurs figurant aux points 29 à 46 de cette dernière, où la Commission procède à l'analyse des décrets italiens litigieux à la lumière du principe de non-discrimination.

73. Avant d'examiner ces divers griefs, il y a lieu de se souvenir que, dans les points précités de la décision attaquée, il s'agit de la procédure visant à établir l'existence d'une discrimination indirecte, qui implique, d'une part, que l'on constate l'existence d'une discrimination dans la pratique, discrimination qui est la conséquence nécessaire de l'utilisation d'un critère apparemment neutre, et, d'autre part, que l'on examine le point de savoir si la réglementation litigieuse a un caractère objectif,

examen qui impose, parallèlement, que l'on contrôle si cette réglementation est proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit [47].

74. Cela étant rappelé, il faut considérer que le premier grief invoqué par la requérante, selon lequel il n'y a pas de discrimination indirecte en l'espèce parce que les mesures contenues dans les décrets italiens litigieux étaient objectivement justifiées, puisqu'elles visaient à affecter l'aéroport de Linate à une utilisation nouvelle, limitée aux vols qui étaient les plus aptes, parallèlement, à faciliter les déplacements professionnels et à assurer la compétitivité de la liaison aérienne par rapport à la liaison ferroviaire Milan-Rome [48], concerne seulement la deuxième phase de la procédure visant à établir l'existence d'une discrimination indirecte, c'est-à-dire celle consistant à contrôler le caractère objectif de la réglementation litigieuse.

75. Toutefois, comme nous l'avons déjà indiqué [49], c'est dans le cadre de cette deuxième phase que s'inscrit, en réalité, le contrôle de la proportionnalité des dispositions litigieuses, qui a révélé que ces dispositions n'étaient pas vraiment nécessaires à la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent, à savoir la création d'une plaque tournante opérationnelle et viable à l'aéroport de Malpensa. En conséquence, nous pensons que la tentative faite par la requérante pour justifier objectivement les dispositions litigieuses sur la base de l'objectif particulier qu'elles poursuivent, à savoir la restructuration du fonctionnement de l'aéroport de Linate, qui implique la création de la plaque tournante de Malpensa, est vaine. Plus particulièrement, puisque, dans les conditions qui régnaient le 25 octobre 1998, il n'était pas indispensable de transférer la totalité du trafic à l'aéroport de Malpensa, parallèlement, il n'était pas non plus indispensable de limiter les vols pour lesquels l'aéroport de Linate était utilisé dans la mesure où les décrets litigieux l'ont fait. En revanche, si l'on se rallie à la thèse selon laquelle la réglementation introduite par le décret n° 46-T visait à limiter l'utilisation de l'aéroport de Linate à la desserte de la liaison Milan-Rome, cela plaide en faveur de l'analyse adoptée par la Commission dans la décision attaquée quant aux effets pratiques de la réglementation en question. En outre, comme la Commission le fait observer, l'affirmation de la requérante selon laquelle la réglementation avait pour but de garantir la desserte ininterrompue de la liaison

47 — Voir ci-dessus, point 32 des présentes conclusions.

48 — Le gouvernement italien rappelle que la Commission a considéré Linate comme l'aéroport où, avant la nouvelle répartition, était concentré le trafic au départ et à destination des plaques tournantes communautaires et que, après l'adoption du décret litigieux, Linate desservirait des liaisons vers un seul centre aéroportuaire, celui de Rome-Fiumicino, tandis que les lignes pour les autres plaques tournantes européennes (Francfort, Paris, etc.) seraient transférées vers un autre aéroport, moins commode, celui de Malpensa. Cela impliquerait un avantage concurrentiel pour Alitalia et un désavantage pour les autres transporteurs aériens, utilisant d'autres plaques tournantes que Fiumicino. En particulier, ceux qui souhaiteraient se rendre en dehors de l'Union ou en dehors de l'Europe préféreraient partir de Linate et transiter par la plaque tournante de Rome, plutôt que partir de Malpensa, en transitant par d'autres plaques tournantes. Cependant, la requérante conteste cette conclusion en indiquant que les décrets italiens litigieux étaient objectivement justifiés, parce qu'ils visaient à affecter l'aéroport de Linate à une utilisation nouvelle, qui serait limitée à un seul vol, reliant Milan à Rome. Sur ce point, le gouvernement italien fait observer que la liaison Milan-Rome correspond essentiellement à des déplacements professionnels avec une majorité de navettes dans la journée. Il affirme, donc, avec insistance que cette liaison est la plus appropriée pour être desservie à partir de l'aéroport de Linate, de manière à permettre, parallèlement, à la liaison aérienne de rester compétitive par rapport à la liaison ferroviaire. Selon la requérante, si la Commission avait tenu compte de ces éléments, elle n'aurait pas conclu à l'existence d'une discrimination indirecte.

49 — Voir ci-dessus, point 32 des présentes conclusions.

Milan-Rome et non le transfert des voyageurs à l'aéroport de Rome est vaine dans la mesure où le premier de ces objectifs n'exclut pas le second, alors qu'aucun des éléments invoqués par la requérante ne fait apparaître que l'alimentation de la plaque tournante de Rome était impossible ou interdite. Au contraire, des éléments contenus dans le dossier, et, surtout, des statistiques concernant les voyageurs accueillis en 1997 [50] et des mesures proposées par les autorités italiennes en vue d'une éventuelle limitation des possibilités de transit à l'aéroport de Rome-Fiumicino [51], il ressort que, à l'époque où la décision attaquée a été adoptée, cette alimentation était un fait réel et, en tout cas, demeurait possible. En conséquence, le premier grief invoqué par la requérante doit être rejeté comme non fondé.

76. Par le deuxième des griefs visant les points 29 à 46 des motifs de la décision attaquée, la requérante soutient que la Commission a commis l'erreur d'apprécier les conséquences du transfert du trafic à Malpensa au regard de la situation présente et non de la situation future. Selon la requérante, dans la nouvelle situation, qui sera marquée par la mise en service complète de Malpensa sur le plan intercontinental, la liaison au départ de Linate pour la plaque tournante de Fiumicino n'entraînera, en pratique, aucun avantage concurrentiel pour Alitalia. À cet égard, le gouvernement italien souligne qu'il ne faut considérer une disposition comme indirectement discriminatoire que si sa capacité à favoriser une personne ou à lui porter préjudice est pleinement démontrée.

77. Ce deuxième grief concerne la première phase de la procédure visant à établir l'existence d'une discrimination indirecte, c'est-à-dire l'examen du point de savoir s'il existe une discrimination indirecte dans la pratique et si cette dernière est une conséquence nécessaire de la réglementation litigieuse ou est fortuite.

78. D'abord, nous pensons que l'affirmation de la requérante selon laquelle la Commission a par erreur apprécié les conséquences du transfert du trafic à Malpensa au regard de la situation présente et non de la situation future est dénuée de fondement.

79. D'une part, il ne fait aucun doute que la discrimination indirecte a un caractère dynamique et relatif, qui est dû au fait que, en raison de la variabilité des conditions d'application des dispositions litigieuses, il est possible que leurs effets évoluent dans la pratique (soit qu'une discrimination qui n'existait pas apparaisse, soit qu'une discrimination cesse d'exister). Comme nous l'avons déjà indiqué, cela exige non seulement que l'on prenne en considération

50 — Il y a lieu de signaler que, au point 20 de son mémoire en réplique, la requérante admet que 85 % des passagers qui ont pris une correspondance à Fiumicino étaient des passagers de vols internationaux.

51 — Voir lettre du ministre Burlando, du 15 juillet 1998, qui constitue l'annexe 5 de la requête.

les effets des dispositions litigieuses à un moment donné (examen instantané de la discrimination), mais aussi que l'on analyse les perspectives d'évolution et la stabilité de ces effets, de manière à écarter l'éventuel concours d'éléments fortuits qui ne sont, en réalité, pas dus à ces dispositions [52]. Cependant, cette étude des perspectives d'évolution et de la stabilité des effets pratiques des dispositions litigieuses ne peut conduire à prendre en considération une situation purement future, très peu probable, mais simplement attendue, qui ne trouve pas un appui direct et certain dans la réalité valant au moment où l'on contrôle l'existence de la discrimination indirecte. Un tel procédé serait contraire à la règle selon laquelle la légalité d'un acte juridique s'apprécie, en principe, en fonction des éléments de fait et de droit existant au moment où l'acte a été pris [53].

80. D'autre part, une étude attentive des motifs de la décision attaquée montre que, en ce qui concerne tant l'existence des deux plaques tournantes d'Alitalia que la comparaison des possibilités d'accès aux aéroports de Linate et de Malpensa, la Commission a, avec raison, commencé son analyse en partant de la situation existante et a ensuite examiné les perspectives et les probabilités bien fondées de modification de cette situation [54]. Procédant à cette évaluation subtile, elle a constaté, finalement, que l'on ne pouvait admettre l'existence d'une discrimination indirecte que pendant une période spécifique [55], ce qui constitue, en l'espèce, un traitement et une interprétation adéquats du caractère dynamique de ce type de discrimination.

81. À cet égard, la constatation de la discrimination indirecte n'était pas fondée sur de simples conjectures ou de minimes probabilités, mais sur la mesure dans laquelle, au vu des informations que la

52 — Voir ci-dessus, point 45 des présentes conclusions.

53 — Voir, à titre indicatif, arrêt du 7 février 1979, France/Commission (15/76 et 16/76, Rec. p. 321, point 7).

54 — Voir point 35 de la décision attaquée: «... Il est vrai que la plus grande disponibilité de services directs au départ de Malpensa peut réduire la propension des voyageurs à recourir aux services indirects... Cependant, tout indique qu'Alitalia continue et continuera à scinder ses activités entre deux plaques tournantes: Rome-Fiumicino et Milan-Malpensa. C'est l'un des grands principes du plan de restructuration d'Alitalia, notifié par l'Italie à la Commission conformément aux dispositions sur les aides d'État...».
Voir aussi point 44 de la décision attaquée: «Étant donné les différences de conditions d'accès existantes entre l'aéroport de Linate et celui de Malpensa, la Commission estime que ces aéroports ne présenteront pas d'avantages comparables aussi longtemps que la capacité des infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa ne compensera pas la situation géographique de cet aéroport par rapport à celui de Linate».

55 — Voir point 45 de la décision attaquée: «Au vu de ce qui précède et compte tenu de la concurrence existant entre Alitalia et les autres transporteurs communautaires, les critères fixés par le décret n° 46-T, qui permettent à la seule compagnie Alitalia de desservir sa plaque tournante de Rome-Fiumicino à partir de l'aéroport de Linate et obligent les autres compagnies aériennes communautaires à desservir leurs plaques tournantes respectives en passant par l'aéroport de Malpensa, ont pour effet de conférer un avantage concurrentiel à Alitalia. *Cet avantage persistera aussi longtemps que les infrastructures d'accès à l'aéroport de Malpensa ne seront pas suffisantes pour vaincre la situation actuelle caractérisée par le manque d'enthousiasme des passagers à utiliser cet aéroport*» (souligné par nous).

Commission avait à sa disposition, il était probable que cette discrimination se concrétise.

82. D'une part, aucune des erreurs présumées relatives à l'appréciation des faits [56] qui sont mentionnées dans le mémoire en réplique ne paraissent concerner des éléments décisifs pour la constatation de la discrimination. Plus précisément, il ne ressort d'aucun élément invoqué par la requérante qu'Alitalia n'utiliserait pas Fiumicino comme deuxième plaque tournante, au moins à titre complémentaire. Plus particulièrement, alors qu'elle parle d'une réduction radicale des vols intercontinentaux assurés exclusivement au départ de la plaque tournante de Rome-Fiumicino, à aucun endroit de son exposé, la requérante, présentant le projet d'horaire des vols litigieux, n'affirme que ces vols ont été supprimés. Au contraire, de certains éléments du dossier, par exemple le plan de restructuration [57] et les messages publicitaires [58] d'Alitalia, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des éléments postérieurs à la décision attaquée [59], il résulte que cette plaque tournante est maintenue en activité et peut être alimentée par l'aéroport de Malpensa. De plus, comme la Commission l'indique avec raison dans son mémoire en duplique, le nombre de destinations desservies et l'importance relative d'une plaque tournante par rapport à l'autre sont en eux-mêmes indifférents. La simple existence d'une plaque tournante complémentaire à Fiumicino amène à constater l'existence d'une discrimination indirecte. Enfin, l'ampleur des effets de cette discrimination n'a aucune importance véritable. Même les discriminations d'importance mineure sont interdites par le droit communautaire [60].

83. D'autre part, on ne peut, en tout cas, pas soutenir que l'existence de la discrimination indirecte doit être pleinement prouvée dès la première phase du processus logique visant à établir cette existence. Comme nous l'avons indiqué, la constatation immédiate d'une discrimination indirecte n'est pas toujours aisée et, en tout cas, cette première phase ne permet pas de conclure de manière absolue à l'existence d'une discrimination sur le plan du droit,

56 — Dans son mémoire en réplique, la requérante indique que l'annulation de la décision attaquée ne requiert pas une «erreur manifeste»; il suffit de démontrer que la Commission a commis une erreur dans l'appréciation des faits. Elle considère donc que les affirmations de la Commission figurant dans son mémoire en défense comportent des erreurs de ce type, surtout en ce qui concerne l'existence des plaques tournantes jumelles d'Alitalia.

57 — Voir décision 97/789/CE de la Commission, du 15 juillet 1997, concernant la recapitalisation de la compagnie Alitalia (JO L 322, p. 44; annexe 2 du mémoire en défense).

58 — Voir annexe 3 du mémoire en défense.

59 — La Commission indique que, bien qu'elles n'aient formellement aucune incidence sur l'appréciation de la légalité de la décision attaquée, toutes les informations postérieures confirment qu'Alitalia continue à utiliser une double plaque tournante.

60 — Voir arrêts du 28 janvier 1986, Commission/France (270/83, Rec. p. 273, point 21), et du 13 décembre 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Rec. p. 4441, point 8).

que l'on recoure aux enseignements de l'expérience commune ou même aux enquêtes statistiques. C'est pour ce motif que, au cours d'une seconde phase, qui clôture le processus visant à établir l'existence d'une discrimination indirecte, il convient de vérifier le caractère objectif de la réglementation litigieuse, ce qui suppose l'application du principe de proportionnalité [61].

84. Eu égard à ce qui précède, nous pensons que le deuxième grief invoqué dans le cadre du quatrième moyen d'annulation doit aussi être rejeté comme non fondé.

85. Enfin, en ce qui concerne le troisième grief invoqué par la requérante, selon lequel la décision attaquée n'est pas conforme au principe de proportionnalité quant aux mesures d'interdiction imposées [62], la Commission fait observer à juste titre que l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92 ne lui fait pas obligation de préférer des mesures moins contraignantes pour les autorités nationales concernées. Après avoir, ainsi qu'il résulte des éléments du dossier et sans que cela soit contesté avec des arguments concrets [63], informé les autorités italiennes des problèmes que créaient les décrets litigieux, la Commission s'est concertée avec le comité consultatif compétent et a, d'une manière générale, pris toutes les mesures (échange de correspondance, réunions, etc.) qui permettraient la clarification de l'affaire et l'exercice des droits de défense; la seule compétence qui lui appartenait, ensuite, était d'apprécier la légalité des décrets litigieux et de décider «si l'État membre peut continuer à appliquer la mesure» [64]. En conséquence, elle n'avait pas le pouvoir de modifier les mesures nationales, en se substituant ainsi aux autorités nationales. Au contraire, c'est à ces dernières qu'il appartenait de prendre l'initiative d'arrêter les mesures indispensables pour se conformer à la décision attaquée, ce qu'elles ont fait en adoptant le décret du 9 octobre 1998 [65]. De plus, on ne pourrait admettre que le devoir de coopération sincère entre la Commission et les États membres, qu'impose l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE), puisse modifier la répartition explicite, décrite ci-dessus, des compétences entre les États membres et la Commission et transférer à cette dernière l'initiative et la responsabilité de prendre les mesures appropriées.

86. Il résulte de ce qui précède que le quatrième moyen d'annulation doit aussi être rejeté comme non fondé.

61 — Voir ci-dessus, point 32 des présentes conclusions.

62 — En particulier, la requérante affirme que, si la Commission doutait et n'était pas certaine que le maintien à Linate du vol pour Rome serait susceptible de conférer un avantage concurrentiel à Alitalia, elle aurait dû en informer les autorités italiennes et, en tout cas, opter pour des mesures moins draconiennes à l'encontre du gouvernement italien en ce qui concerne le respect du principe de non-discrimination qu'énonce l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 2408/92. La requérante rappelle qu'elle a proposé des mesures techniques visant à gérer la situation, mesures qui n'ont pas été acceptées par la Commission.

63 — Voir points 16 et suiv. de la décision attaquée et ci-dessus, point 14 des présentes conclusions.

64 — Voir article 8, paragraphe 3, du règlement n° 2408/92.

65 — Annexe 5 du mémoire en défense.

V — Conclusions

87. En conséquence, nous proposons à la Cour de:

1) rejeter le recours de la République italienne comme non fondé;

2) condamner la République italienne aux dépens.