CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. SIEGBERT ALBER

présentées le 27 septembre 2001 [1]

I — Introduction

1. Le Supremo Tribunal Administrativo (tribunal administratif supérieur) (Portugal) demande à la Cour d'interpréter le règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires [2] (ci-après, également, le «règlement»). La demande de décision préjudicielle porte notamment sur le point de savoir si les pouvoirs que l'article 3, paragraphe 2, confère à l'État membre — à savoir la possibilité de refuser l'exercice de droits de cabotage —, ont été limités par un appel d'offres effectué en vertu de l'article 4, et s'il en a le cas échéant été ainsi lorsque, à la suite d'un engagement subordonnant une aide que la Commission a accordée en 1994 à la République portugaise, un tel appel d'offres a été lancé à une date — ici en 1995 — à laquelle, sans cet engagement, il n'aurait pas encore été nécessaire de l'effectuer, du fait d'un régime dérogatoire en vigueur jusqu'en 1997 ou 1998. Il s'agit concrètement des liaisons aériennes du Portugal continental vers Madère et les Açores.

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — JO L 240, p. 8.

II — Le cadre juridique

1) *Le règlement n° 2408/92*

Article 1er, paragraphe 1:

«1. Le présent règlement porte sur l'accès aux liaisons intracommunautaires pour les services aériens réguliers et non réguliers.

[...]»

[Les paragraphes 2 et 3 portent sur l'application du règlement à Gibraltar.]

«4. Les aéroports des îles grecques et des îles atlantiques composant la région autonome des Açores sont exemptés de l'application du présent règlement jusqu'au

30 juin 1993[3]. À moins que le Conseil n'en décide autrement, sur proposition de la Commission, cette exemption s'applique pour une période supplémentaire de cinq ans et peut être prolongée à nouveau de cinq ans[4].»

Article 3

«1. 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.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État membre n'est pas tenu d'autoriser, jusqu'au 1er avril 1997[5], l'exercice de droits de cabotage sur son territoire par des transporteurs aériens communautaires titulaires d'une licence délivrée par un autre État membre, à moins que:

i) les droits de trafic soient exercés sur un service qui constitue le prolongement d'un service au départ de l'État d'enregistrement du transporteur ou le préliminaire d'un service à destination de cet État et qui est programmé comme tel;

ii) le transporteur aérien n'utilise pas, pour le service de cabotage, plus de 50 % de la capacité qu'il met en œuvre durant une saison sur le même service dont le service de cabotage constitue le prolongement ou le préliminaire.

[...]»

Article 4

«1. a) Un État membre peut, à la suite de consultations avec les autres États concernés et après en avoir informé la Commission et les transporteurs aériens qui exploitent la liaison, imposer des obligations de service public sur des services aériens réguliers vers un aéroport desservant une zone périphérique ou de développement située sur son territoire ou sur une liaison à faible trafic à destination d'un aéroport régional situé sur son territoire, si ces liaisons sont considérées comme vitales pour le développement économique de la région dans

3 — Conformément à l'article 16, le règlement en tant que tel est entré en vigueur le 1er janvier 1993.

4 — Puisque le Conseil n'en a pas décidé autrement, l'exemption était donc applicable aux Açores jusqu'au 30 juin 1998; une prolongation supplémentaire, possible en soi, n'a pas été décidée.

5 — Cette date s'appliquait par conséquent aux vols au départ et à destination de Madère.

laquelle est situé l'aéroport, dans la mesure nécessaire pour assurer sur cette liaison une prestation de service adéquate répondant à des normes fixes en matière de continuité, de régularité, de capacité et de prix, normes auxquelles le transporteur ne satisferait pas s'il ne devait considérer que son seul intérêt commercial. La Commission publie ces obligations de service public au *Journal officiel des Communautés européennes*.

h) Un État membre peut verser une compensation à un transporteur aérien sélectionné [...] pour qu'il satisfasse aux normes découlant des obligations de service public imposées au titre du présent paragraphe; cette compensation doit tenir compte des dépenses et recettes engendrées par le service.»

Article 5

[...]

d) Si aucun transporteur aérien n'a commencé ou n'est sur le point de commencer des services aériens réguliers sur une liaison, conformément aux obligations de service public qui ont été imposées sur cette liaison, l'État membre peut en limiter l'accès à un seul transporteur aérien pour une période maximale de trois ans, à l'issue de laquelle la situation doit être réexaminée. Le droit d'exploiter ces services est concédé après appel d'offres, soit pour une seule liaison, soit pour un groupe de liaisons, à tout transporteur aérien communautaire autorisé à exploiter de tels services aériens. [...].

[...]

«Sur les liaisons intérieures pour lesquelles, lors de l'entrée en vigueur du présent règlement, une concession exclusive a été accordée par voie législative ou contractuelle et sur lesquelles d'autres formes de transport ne peuvent assurer un service adéquat et continu, cette concession peut subsister jusqu'à son échéance ou pendant trois ans, selon la date la plus proche.»

2) *La décision d'aide 94/698/CE*

L'article 1[er], sous e) et f), de la décision 94/698/CE de la Commission, du 6 juillet 1994, concernant une augmentation de capital, des garanties de crédit et une

exonération fiscale en faveur de la compagnie aérienne TAP [6], indique:

«L'aide accordée à la TAP [...] est [...] compatible avec le marché commun [...] aux conditions suivantes:

[...]

e) le Portugal appliquera les dispositions de l'article 4 du règlement (CEE) n° 2408/92 aux régions autonomes de Madère et des Açores, au plus tard le 1er janvier 1996 [7], et publiera les obligations de service public imposées sur ces routes, conformément au point 3 du chapitre VIII;

f) le Portugal respectera ses engagements selon lesquels la libéralisation des transports non réguliers entre tous les aéroports communautaires et l'archipel des Açores comporte tous les services visés au règlement (CEE) n° 2408/92, c'est-à-dire, entre autres, la vente des sièges et l'affrètement de vols simples (aller ou retour);

[...]»

2. Le titre VIII, point 3, de la motivation de la décision d'aide indique:

«[...] La Commission prend à ce propos acte des garanties fournies et des engagements pris par le Portugal au sujet de l'application des règles d'accès au marché commun de l'aviation ainsi que de l'interprétation qu'il a donnée à certaines de ces dispositions. Elle estime que l'élimination des barrières qui protègent la TAP de la concurrence compense justement l'octroi de l'aide qui sert l'intérêt commun au sens des dispositions des articles 92, paragraphe 3, point c), du traité et 61, paragraphe 3, point c), de l'Accord. Le gouvernement portugais a ainsi:

— confirmé que la libéralisation des services non réguliers entre les aéroports de la Communauté et l'archipel des Açores concerne tous les services visés au règlement (CEE) n° 2408/92 et

6 — JO L 279, p. 29, ci-après la «décision d'aide».

7 — La disposition dérogatoire pour Madère était applicable jusqu'au 1er avril 1997 — voir article 3, paragraphe 2 — et celle pour les Açores jusqu'au 30 juin 1998, voir article 1er, paragraphe 4, du règlement n° 2408/92 et note 5.

couvre donc la vente de sièges et de voyages simples (aller ou retour) dans le cadre de services d'affrètement. Ces types de services seront donc autorisés même si les Açores sont exclues à titre temporaire du champ d'application du règlement (CEE) n° 2408/92;

— réaffirmé sa volonté et sa détermination de procéder en 1995 à un appel d'offres public pour la desserte des liaisons entre le Portugal continental et les îles de Madère et des Açores conformément aux dispositions de l'article 4 du règlement (CEE) n° 2408/92. Le gouvernement portugais a en outre l'intention d'informer la Commission, au cours de la première moitié de 1995, de la teneur de ces obligations de service public de telle sorte qu'elles puissent être publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*. La Commission rappelle à ce propos que l'article 4 précité impose la publication séparée du contenu de ces obligations de service public au *Journal officiel des Communautés européennes*. Au cas où, après cette publication, aucune compagnie européenne ne se déclare prête à remplir ces obligations de service public, le droit d'exploiter ces services sera concédé après appel d'offres, soit pour une seule liaison, soit pour un groupe de liaisons, à tout transporteur aérien communautaire autorisé à exploiter de tels services aériens.

[...]»

3) *La participation à l'appel d'offres*

3. L'appel d'offres dans le cadre duquel la TAP avait soumissionné pour l'exploitation des services aériens réguliers prévoyait entre autres [8]:

«3. Participation à l'appel d'offres

La participation est ouverte à tous les transporteurs aériens titulaires d'une licence d'exploitation en cours de validité délivrée par un État membre en vertu du règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens, et d'un certificat de transporteur aérien adéquat.

Toutefois, le Portugal faisant application des dispositions du second paragraphe de l'article 3 du règlement (CEE) n° 2408/92, les transporteurs titulaires d'une licence d'exploitation délivrée par un État membre autre que le Portugal ne peuvent utiliser, jusqu'au 1er avril 1997, pour le service de cabotage à l'intérieur du Portugal, plus de 50 % de la capacité qu'ils mettent en œuvre

8 — JO 1995, C 223, p. 16.

durant une saison aéronautique sur le même service dont le service de cabotage doit nécessairement constituer le prolongement ou le préliminaire.

[...]

11. Validité de l'appel d'offres

La validité du présent appel d'offres est, conformément au libellé de la première phrase du point d) du paragraphe 1 de l'article 4 du règlement (CEE) n° 2408/92, soumise à la condition qu'aucun transporteur aérien communautaire qui pourrait être autorisé à exploiter les liaisons ne présente, avant le 1er novembre 1995 (compte tenu de l'existence d'un délai raisonnable d'un mois pour obtenir les droits de trafic et de l'interférence de la période des fêtes de fin d'année, ainsi que des impératifs de continuité des services qui revêtent pour ces liaisons un caractère exceptionnel), une demande d'autorisation d'exploitation d'une ou de plusieurs liaisons concernées à compter du 1er janvier 1996 en conformité avec les obligations de service public imposées sans recevoir aucune compensation financière.

En tout état de cause, l'appel d'offres restera valide pour les seules liaisons pour lesquelles aucun transporteur ne se sera présenté au 1er novembre 1995 dans les conditions ci-dessus mentionnées.

[...]»

III — Les faits

4. Par la décision d'aide, la Commission a autorisé différents types d'aides au profit de la compagnie aérienne étatique portugaise Transportes Aéreos Portugueses SA (ci-après la «TAP»), dans le cadre d'un programme de restructuration.

5. L'autorisation a été donnée sous certaines conditions, qui sont énumérées à l'article 1er, sous a) à h), de la décision d'aide. Conformément au point e) de cette disposition, la République portugaise devait entre autres s'engager à appliquer les dispositions de l'article 4 du règlement n° 2408/92 aux régions autonomes de Madère et des Açores au plus tard le 1er janvier 1996.

6. Le 4 août 1995, conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 2408/92, la communication de la Commission informant que la République portugaise avait décidé, conformément à la décision d'aide, d'imposer des obligations de service public sur neuf liaisons entre le territoire continental portugais et les régions autonomes des Açores et de Madère

ainsi qu'entre ces régions a été publiée au Journal officiel [9].

7. Le 29 août 1995, un appel d'offres pour l'exploitation aérienne de ces liaisons a été lancé conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 2408/92. L'objectif de l'appel d'offres était de choisir un transporteur aérien unique exploitant du 1er janvier 1996 au 31 décembre 1998, moyennant compensation financière, l'ensemble des neuf liaisons précitées, en conformité avec les obligations de service public. La participation à l'appel d'offres a été expressément subordonnée à la réserve de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 2408/92. L'appel d'offres était soumis à la condition qu'aucun soumissionnaire susceptible d'être autorisé à exploiter certains ou la totalité des services ne se porte candidat pour l'exploitation des lignes en question avant le 1er novembre 1995 sans exiger de compensation financière. Seule la TAP, qui était autorisée à exploiter exclusivement les liaisons concernées jusqu'à fin 1995, a pris part à l'appel d'offres.

8. Flightline Ltd (ci-après «Flightline»), une compagnie aérienne de droit britannique établie au Royaume-Uni et titulaire d'une licence d'exploitation britannique, a certes demandé le 30 octobre 1995, donc avant l'expiration du délai de l'appel d'offres, l'autorisation d'exploiter huit des neuf liaisons décrites sans compensation financière. Cette demande a été rejetée par arrêté du secrétaire d'État aux Transports et à la Communication du 22 décembre 1995, au motif que l'offre portait sur des services de cabotage et que les conditions de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n'étaient pas remplies.

9. Il n'a pas été fait droit au recours formé contre la décision de refus. L'arrêt a indiqué que ni la décision d'aide ni l'article 4 du règlement n° 2408/92 ne s'opposent à l'application de l'article 3, paragraphe 2. Dans le cas contraire, l'article 3, paragraphe 2, perdrait largement son sens. La décision d'aide renverrait sans plus à l'article 4 du règlement, en s'en remettant — selon les termes de la demande de décision préjudicielle — à l'économie du règlement pour son interprétation contextuelle.

IV — La demande de décision préjudicielle

10. Flightline a formé un recours contre cet arrêt devant le Supremo Tribunal Administrativo, qui a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes:

«1) L'exercice par un État membre des droits et facultés prévus par l'article 4 du règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, suppose-t-il ou a-t-il pour effet que cet État membre

9 — JO 1995, C 200, p. 3.

doit renoncer à la faculté, prévue par l'article 3, paragraphe 2, du même règlement, de limiter jusqu'au 1er avril 1997 la concurrence dans les services de cabotage sur son territoire?

2) Dans le cadre d'un appel d'offres lancé en 1995 par un État membre pour l'exploitation de services aériens réguliers sur une liaison conformément aux obligations de service public imposées pour cette même liaison en vertu de l'article 4 du règlement, peut-il être exigé des transporteurs aériens soumissionnaires, titulaires d'une licence délivrée par un autre État membre, qu'ils remplissent les conditions prévues par l'article 3, paragraphe 2, du règlement précité?

3) L'article 1er, sous e), de la décision n° 94/698/CE de la Commission, qui subordonne l'approbation de l'aide qu'il prévoit à la condition que le Portugal respecte son engagement d'appliquer l'article 4 du règlement (CEE) n° 2408/92 aux régions autonomes au plus tard le 1er janvier 1996 et de publier les obligations de service public sur les routes concernées ('conformément au point 3 du chapitre VIII'), doit-il être interprété en ce sens que le Portugal est empêché d'exercer la faculté conférée aux États membres par l'article 3, paragraphe 2, du règlement?»

V — L'exposé des parties

1) *Flightline*

11. Flightline fait grief du fait que les questions préjudicielles ne correspondent pas aux questions devant être tranchées dans la procédure au principal. Il conviendrait au contraire de déterminer si la République portugaise pouvait rejeter l'offre de Flightline au motif que cette dernière ne remplissait pas les conditions prévues à l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 2408/92.

12. Selon Flightline, ce n'est pas le cas. La Commission n'aurait autorisé des mesures de restructuration de la TAP que sous certaines conditions. Compte entre autres au nombre de celles-ci le respect de l'obligation, figurant à l'article 1er, sous e), de la décision d'aide, de lancer un appel d'offres et de publier les obligations de service public au *Journal officiel des Communautés européennes*. En contrepartie de l'octroi des aides, la Commission aurait imposé à la République portugaise l'élimination des barrières qui protègent la TAP de la concurrence. Cela exclurait la possibilité de subordonner l'appel d'offres aux conditions de l'article 3, paragraphe 2, du règlement.

13. Lus conjointement, les articles 4 du règlement et 1er, sous e), de la décision

d'aide montreraient que la République portugaise s'est engagée à ne pas invoquer l'article 3, paragraphe 2, du règlement. Cela découlerait, d'une part, du fait que la République portugaise devait être tenue à quelque chose qui ne lui était pas déjà imposé par le règlement n° 2408/92, d'autre part, du fait que l'article 3, paragraphe 2, du règlement n'était applicable que jusqu'au 1er avril 1997. En revanche, l'appel d'offres produisait effet jusqu'au 31 décembre 1998. Il ne serait pas imaginable, alors que la décision d'aide vise une libéralisation progressive, que la République portugaise puisse restreindre la libre concurrence un an et neuf mois après l'expiration de la période fixée initialement.

14. Selon Flightline, les articles 4 et 3 ont des champs d'application distincts. L'article 4 s'appliquerait aux liaisons aériennes pour lesquelles il n'y a pas de candidat, donc sur lesquelles il n'existe pas de concurrence, tandis que l'article 3, paragraphe 2, concernerait des limitations sur des liaisons où la concurrence existe.

15. Exclure l'application de l'article 3, paragraphe 2, aux liaisons concernées par l'article 4 du règlement n'affecterait pas la possibilité, existant jusqu'au 1er avril 1997, de restreindre la concurrence sur l'ensemble des lignes intérieures concurrentielles.

16. L'article 3, paragraphe 2, n'imposerait aucune obligation à l'État membre, mais lui accorderait simplement un droit de rejeter une demande d'exercice de droits de cabotage.

17. Enfin, l'exercice de la faculté conférée par l'article 3, paragraphe 2, comporterait une discrimination en raison de la nationalité, interdite par l'article 12 CE, étant donné qu'en fin de compte, seuls les soumissionnaires non portugais seraient exclus.

2) *Transportes Aéreos Portugueses SA (TAP)*

18. À titre liminaire, la TAP considère la demande de décision préjudicielle irrecevable. L'article 234 CE ne conférerait aucune compétence à la Cour pour se prononcer sur des cas concrets. La nécessité d'un renvoi préjudiciel serait douteuse, eu égard au libellé non équivoque des règles de droit communautaire.

19. Sur le fond, la TAP indique qu'il convient essentiellement de déterminer si la République portugaise était tenue, eu égard aux articles 3, paragraphe 2, et 4, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 2408/92 ainsi qu'à l'appel d'offres publié au Journal officiel, d'accepter l'offre de Flightline.

20. Selon la TAP, il ne ressort ni de l'article 4 du règlement ni de la décision d'aide que la République portugaise a renoncé aux droits que lui confère l'article 3, paragraphe 2. Le libellé et l'économie des articles 3, paragraphe 2, et 4 ne révéleraient aucun lien entre ces dispositions. Par conséquent, la possibilité de se prévaloir des droits découlant de l'article 3 dans le cadre de l'application de l'article 4 ne serait pas exclue.

21. Par ailleurs, il conviendrait de tenir compte du processus de libéralisation progressif et graduel du transport aérien. Ce processus justifierait des mesures de protection telles que celles contenues à l'article 3, paragraphe 2. Les États membres ayant imposé des obligations de service public auraient maintenu des restrictions à la libre circulation sur les lignes aériennes intérieures.

22. En outre, la Commission n'aurait pas contesté la mise en œuvre de la décision d'aide et aurait donc accepté le contenu de l'appel d'offres.

3) *La République portugaise*

23. Le gouvernement portugais indique que l'article 3, paragraphe 2, n'est pas légalement subordonné à l'imposition d'obligations de service public en vertu de l'article 4. D'autres États membres, par exemple la République française, qui ont imposé de telles obligations auraient également appliqué l'article 3, paragraphe 2. Le processus d'adoption du règlement n° 2408/92 montrerait que l'article 3, paragraphe 2, reflète un équilibre entre la libéralisation du transport aérien et la sauvegarde de la situation spécifique des compagnies aériennes nationales de chaque État membre.

24. En outre, l'article 1er, paragraphe 4, du règlement aurait exclu la région autonome des Açores du champ d'application de celui-ci jusqu'au 30 juin 1998. Lors des négociations sur l'octroi de l'aide, la République portugaise aurait proposé, en dépit de l'article 1er, paragraphe 4, du règlement, de soumettre les liaisons aériennes avec les Açores aux mêmes réglementations que celles applicables à Madère, afin d'assurer la transparence des comptes de la TAP et le contrôle des transferts d'argent de l'État à la TAP. Cet engagement de soumettre les liaisons avec les Açores aux dispositions de l'article 4 du règlement ne comporterait pas la renonciation à la clause de sauvegarde visée à l'article 3, paragraphe 2, du règlement.

25. De plus, une telle renonciation ne pourrait être qu'explicite, puisque sont en jeu des intérêts publics nationaux fondamentaux. Aucun des négociateurs de la République portugaise n'était autorisée à renoncer à ces droits au nom de cette dernière.

26. Par ailleurs, la République portugaise renvoie au titre VIII de la décision d'aide. Il y serait explicitement constaté que l'appel d'offres est ouvert à tout transporteur aérien communautaire «autorisé à exploiter de tels services aériens». «Autorisé» signifierait également dans le respect de la restriction visée à l'article 3, paragraphe 2.

27. Tout comme la TAP, le gouvernement portugais fait observer que la Commission n'a pas contesté la mise en œuvre de la décision d'aide et a donc accepté le contenu de l'appel d'offres.

4) *La Commission*

28. Sur les première et deuxième questions, la Commission indique que l'application des articles 4 et 5 du règlement n° 2408/92 n'implique pas une renonciation préalable aux mesures de protection prévues à l'article 3, paragraphe 2. Bien que cette dernière disposition comporte une exception au principe général, consacré au paragraphe 1, de libre accès aux liaisons intracommunautaires, il découlerait des considérants que ce n'est que progressivement que les droits de cabotage devaient être introduits. L'article 5 du règlement démontrerait également la libéralisation graduelle du transport aérien au sein des États membres.

29. En outre, il ressortirait du libellé de l'article 4, paragraphe 1, sous d), que, en ce qui concerne les liaisons intérieures soumises à des obligations de service public, l'accès à ces lignes était limité jusqu'au 1er avril 1997 à tout transporteur aérien «autorisé à exploiter de tels services aériens». Serait ainsi posée la condition du respect des conditions posées à l'article 3, paragraphe 2.

30. L'expression utilisée à l'article 4 («tout transporteur aérien communautaire autorisé à exploiter de tels services aériens») se retrouverait, dans un sens identique, à l'article 5, paragraphe 3, sous c), du règlement (CEE) n° 2343/90 du Conseil, du 24 juillet 1990, concernant l'accès des transporteurs aériens aux liaisons des services aériens réguliers intracommunautaires et la répartition de la capacité en sièges entre les transporteurs aériens sur les services aériens réguliers entre États membres [10]. L'article 4, paragraphe 1, devrait être examiné dans ce contexte, qui accorde l'accès aux liaisons soumises à des obligations de service public à un transporteur aérien pour une période maximale de trois ans. En revanche, l'article 4 ne serait soumis à aucune date limite. La seule obligation consisterait dans le réexamen périodique des obligations de service public imposées.

31. Pour la période comprise entre le 1er janvier 1993 et le 1er avril 1997, l'application par un État membre des possibilités prévues à l'article 4 aurait un

10 — JO L 217, p. 8.

effet utile, même si cet État membre exerce les droits que lui confère l'article 3, paragraphe 2. En premier lieu, le lancement d'un appel d'offres conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d), permettrait la mise en concurrence des transporteurs aériens titulaires d'une licence délivrée par l'État membre concerné. En second lieu, l'ensemble des transporteurs aériens communautaires remplissant les conditions prévues à l'article 3, paragraphe 2, du règlement pourraient soumissionner.

32. Sur la troisième question, la Commission indique qu'il ne peut être déduit ni de l'économie générale de la décision ni des circonstances dans lesquelles celle-ci a été adoptée que l'engagement pris par la République portugaise d'appliquer l'article 4 aux régions autonomes des Açores et de Madère doit être compris comme excluant l'exercice de la faculté prévue par l'article 3, paragraphe 2. L'expression «autorisé à exploiter de tels services aériens» figurant tant dans le règlement que dans la décision d'aide devrait dans les deux cas être interprétée de manière identique. L'interprétation reproduite aux points 3 et 11 de l'appel d'offres serait exacte.

33. La décision d'aide assujettirait les liaisons aériennes à destination des régions autonomes au règlement n° 2408/92. Tout transporteur aérien titulaire d'une licence délivrée par la République portugaise pourrait soumissionner pour exploiter ces liaisons, notamment Portugália. Les transporteurs aériens enregistrés dans d'autres États membres auraient pu entrer en concurrence avec la TAP pour autant qu'ils aient rempli les conditions posées à l'article 3, paragraphe 2. La concurrence serait ainsi encouragée, même en cas de maintien des droits découlant de l'article 3, paragraphe 2.

34. L'assujettissement au règlement rendrait plus transparentes les compensations financières versées par la République portugaise en contrepartie des obligations de service public imposées. On éviterait ainsi notamment que les paiements compensatoires soient supérieurs au déficit enregistré sur ces lignes.

35. Enfin, la Commission fait observer que, lors de l'adoption d'autres décisions relatives à la compatibilité avec le marché commun, elle n'a jamais exigé des États membres qu'ils renoncent de manière anticipée aux facultés conférées par l'article 3, paragraphe 2, du règlement.

VI — Appréciation

1) *Sur la recevabilité*

36. Les objections soulevées à l'encontre de la recevabilité de la demande de décision

préjudicielle ne sont pas convaincantes. Les questions préjudicielles concernent l'interprétation des articles 3 et 4 du règlement n° 2408/92. Elles ont une importance générale et ne se limitent pas au cas d'espèce. La demande de décision préjudicielle est donc recevable.

2) *Sur la première question*

37. La première question concerne le rapport de principe entre les articles 3, paragraphe 2, et 4 du règlement n° 2408/92. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure l'imposition d'obligations de service public pour l'exploitation de lignes aériennes et l'appel d'offres lancé à cette fin conformément à l'article 4, paragraphe 1, entraînent la renonciation à la faculté de limiter le cabotage, concédée jusqu'au 1er avril 1997.

a) Le libellé des articles 3 et 4

38. Ni le libellé de l'article 3, paragraphe 2, ni celui de l'article 4, paragraphe 1, ne prévoient expressément une telle renonciation. Les deux dispositions ne renvoient pas l'une à l'autre.

39. La Commission indique que, selon l'article 4, paragraphe 1, sous d), le droit exclusif faisant l'objet de l'appel d'offres doit être concédé à tout transporteur aérien communautaire «[...] autorisé à exploiter de tels services aériens». Elle estime que seul un transporteur remplissant les conditions de l'article 3, paragraphe 2, est «autorisé». Elle le déduit d'une comparaison avec le libellé du précurseur de cette disposition, l'article 5, paragraphe 3, sous c), du règlement n° 2343/90. Cette disposition renvoyait expressément à l'article 8 du règlement n° 2343/90, qui contenait une réglementation comparable à celle de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 2408/92.

40. La comparaison entre ces dispositions ne semble susceptible d'étayer la solution proposée par la Commission que conditionnellement. Le fait que l'article 4 ne contient aucun renvoi — tout au moins express — à l'article 3 pourrait également signifier que le règlement n° 2408/92 devait aller plus loin que le règlement n° 2343/90 dans la libéralisation du transport aérien. Comme il ressort des troisième à septième considérants du règlement n° 2408/92, ce dernier constitue une nouvelle étape sur la voie de la libéralisation du transport aérien et va au-delà du règlement n° 2343/90. Dans cette mesure, la formulation de l'article 4 du règlement n° 2408/92 pourrait laisser entendre que l'application de l'article 3, paragraphe 2, est exclue.

41. La notion d'autorisation ne se rapporte pas non plus nécessairement à l'autorisation en vertu de l'article 3, paragraphe 2. Il est également possible de la lire en relation avec l'article 2, sous b), qui définit la notion de «transporteur aérien communautaire»

comme «un transporteur aérien titulaire d'une licence d'exploitation en cours de validité délivrée par un État membre en vertu du règlement (CEE) nº 2407/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens [11]». Être «autorisé» au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous d), pourrait donc également être compris comme être «titulaire d'une licence d'exploitation en cours de validité délivrée en vertu du règlement (CEE) nº 2407/92». Dans ce cas, tous les transporteurs aériens communautaires pourraient participer à l'appel d'offres sans que la restriction prévue à l'article 3, paragraphe 2, puisse leur être opposée. Cette solution a l'avantage de tenir compte de l'idée fondamentale de la libéralisation, consacrée à l'article 3, paragraphe 1.

42. En conclusion provisoire, il convient de constater que le libellé des deux dispositions permet les deux interprétations. On ne peut, sur la base du libellé, parvenir à la conclusion que l'application de l'article 3, paragraphe 2, est exclue dans le cadre de l'article 4.

b) L'économie générale

43. Il convient de rechercher dans quelle mesure une réponse à la question préjudicielle peut être déduite de l'économie générale des dispositions.

44. Sous cette notion d'économie générale, la Commission renvoie à l'article 5. Cette disposition concerne le maintien temporaire de droits de trafic exclusifs. Dans la mesure où ils existaient au moment de l'entrée en vigueur du règlement, donc le 1er janvier 1993 (voir article 16 du règlement), ils pouvaient subsister jusqu'à leur échéance ou pendant trois ans au maximum, donc jusqu'au 1er janvier 1996 au maximum. Tout comme l'article 3, paragraphe 2, l'article 5 prévoit une exception provisoire au principe de la libre prestation des services en matière de transport aérien, introduit par l'article 3, paragraphe 1 [12]. Selon la Commission, il est «évident» que l'application de l'article 5 n'exclut pas l'application de l'article 3, paragraphe 2. Par conséquent, l'article 4, paragraphe 1, ne pourrait pas non plus impliquer une renonciation à appliquer l'article 3, paragraphe 2.

45. L'article 5 contient une prescription comparable à celle de l'article 4, paragraphe 1, sous d). Il s'agit dans les deux cas de la reconnaissance de droits exclusifs et donc d'une exception à la libre prestation des services en matière de transport aérien introduite par l'article 3, paragraphe 1. Dans les deux cas, la période maximale fixée est de trois ans.

46. Il existe toutefois aussi des différences essentielles entre les articles 5 et 4. Quant

11 — JO L 240, p. 1.

12 — Arrêt du 26 juin 2001, Commission/Portugal (C-70/99, Rec. p. I-4845, points 21 et 22). Voir également — bien que de manière moins explicite — arrêt du 18 janvier 2001, Italie/Commission (C-361/98, Rec. p. I-385, point 32).

au contenu, ils se différencient dans la mesure où l'article 5 accorde une protection des droits exclusifs accordés avant la libéralisation le 1er janvier 1993, tandis que l'article 4 concerne l'octroi de nouveaux droits exclusifs après cette date. D'anciens droits exclusifs ne doivent pas nécessairement être traités exactement de la même manière que de nouveaux droits accordés après l'entrée en vigueur du règlement. De plus, le champ d'application temporel des dispositions diffère. Peu de collisions pouvaient se produire entre l'article 3, paragraphe 2, et l'article 5. En effet, les droits exclusifs ne pouvaient être maintenus que jusqu'au 1er janvier 1996. Jusqu'à cette date, il n'y avait tout simplement pas de droit de cabotage. Les collisions pouvaient donc tout au plus se produire entre le 1er janvier 1996 et le 1er avril 1997. Pour l'article 4 en revanche, les collisions pouvaient se produire pendant toute la durée de validité de l'article 3, paragraphe 2, donc du 1er janvier 1993 au 1er avril 1997. Compte tenu de ces différences, on peut donc se demander dans quelle mesure il est possible de déduire de l'article 5 un argument pour l'interprétation de l'article 4.

47. L'économie générale des dispositions combinées de l'article 4, paragraphe 1, sous d), et de l'article 3, paragraphe 1, incite à penser que l'application de l'article 3, paragraphe 2, est exclue. Si tant est que, à l'encontre de la libéralisation visée, de nouveaux monopoles pouvaient être introduits — tout au moins temporairement pour au maximum trois ans —, la concurrence devait alors, au moins dans le cadre de l'attribution de ces droits exclusifs, être ouverte à tout transporteur aérien communautaire. Une telle interprétation peut en outre s'appuyer sur le fait que l'article 3, paragraphe 2, constitue une exception au principe consacré au paragraphe 1. En tant que disposition dérogatoire, l'article 3, paragraphe 2, doit être interprété de manière restrictive.

48. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous a), l'imposition d'obligations de service public a prioritairement lieu sans aucune compensation pour le transporteur aérien. Ainsi, le texte de la communication de la Commission relative aux obligations de service public sur des services aériens réguliers à l'intérieur de la République portugaise [13], publiée au Journal officiel conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous a), prévoyait explicitement que «les transporteurs devront se présenter pour l'exploitation d'une ou plusieurs liaisons en respectant les obligations imposées et sans demander de compensation avant le 31 octobre 1995». Une compensation avait donc été expressément exclue.

49. Cela ne signifie toutefois pas qu'aucune compensation ne peut être accordée en contrepartie du respect des obligations de service public. D'une part, des droits exclusifs peuvent être accordés conformément à

13 — JO 1995, C 200, p. 3.

l'article 4, paragraphe 1, sous d). Une telle position de monopole garantit certains revenus au transporteur aérien qui exploite les liaisons. En outre, le transporteur aérien déclaré adjudicataire dans le cadre d'un tel appel d'offres peut obtenir une compensation en application de l'article 4, paragraphe 1, sous h). Celle-ci compense la différence entre les coûts engagés pour satisfaire aux normes imposées et les recettes découlant de l'exploitation des lignes aériennes [14]. Conformément à cette disposition, l'appel d'offres publié au Journal officiel, dans le cadre duquel la TAP s'était portée candidate pour exploiter les neuf liaisons aériennes concernées, prévoyait expressément, au point 6, qu'une compensation financière devait être accordée et que les soumissionnaires devaient par conséquent faire explicitement mention dans leur offre de la somme requise à titre de compensation [15].

50. Aux termes de la communication 94/C 350/07 [16], une telle compensation de pertes est une «opération commercialement neutre entre l'État concerné et la compagnie choisie». «La compensation au titre des obligations de service public ne comporte aucun élément d'aide si le transporteur a été correctement sélectionné par appel d'offres, sur la base de la limitation de l'accès à la liaison à un seul transporteur et si le niveau maximal de la compensation n'excède pas le montant du déficit [...]» [17].

51. Comme le montre la décision 94/666/CEE de la Commission, du 6 juillet 1994, outre le mécanisme de compensation selon le règlement n° 2408/92 décrit, l'octroi d'une aide à un transporteur aérien est également envisageable. Dans cette décision, relative à la compensation du déficit de la TAP sur les liaisons à destination des régions autonomes des Açores et de Madère, donc sur les liaisons également concernées par les questions préjudicielles, la Commission a constaté que des compensations pour obligations de service public, dans la mesure où elles ne sont pas versées à une entreprise qui a été choisie dans le cadre d'un appel d'offres, doivent être considérées comme des aides [18]. Compte tenu de la réalisation jusqu'alors toujours limitée de la libéralisation du transport aérien, la Commission a toutefois considéré que ces aides étaient, en tant qu'aides régionales, compatibles avec le traité CE. Bien que la Commission considère ainsi par principe que les aides au transport aérien sont contraires au traité CE, cette décision démontre qu'une compensation est en principe également envisageable sous forme d'aides.

52. En cas de compensation des obligations de service public conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d) et h), se pose la

14 — Voir point 16 de la communication 94/C 350/07 de la Commission sur l'application des articles 92 et 93 du traité CE et de l'article 61 de l'accord EEE aux aides d'État dans le secteur de l'aviation (JO 1994, C 350, p. 5).

15 — Appel d'offres précité note 8.

16 — Communication précitée note 14.

17 — Point 18 de la communication.

18 — Décision relative à la compensation du déficit de TAP sur les liaisons à destination des régions autonomes des Açores et de Madère (JO L 260, p. 27).

question de savoir si une restriction de la concurrence telle que prévue par l'article 3, paragraphe 2, peut toujours être considérée comme légale. Puisque l'article 3, paragraphe 2, en tant que disposition dérogatoire au principe de libéralisation consacré au paragraphe 1, doit être interprété de manière restrictive, on pourrait penser que l'article 3, paragraphe 2, ne doit pas être appliqué dans le cadre de l'article 4, paragraphe 1, sous d). Cette question sera examinée dans le prochain point.

53. L'analyse de l'économie générale des dispositions plaide plutôt en faveur de la thèse selon laquelle l'article 3, paragraphe 2, doit être considéré comme inapplicable dans le cadre de l'article 4. L'examen de l'économie générale ne permet toutefois pas d'apporter une réponse définitive à la question.

c) Le sens et la portée des articles 3 et 4

54. Il convient enfin d'examiner si une exclusion de l'application de l'article 3 dans le cadre de l'article 4 découle du sens et de la portée de ces dispositions.

55. L'article 3, paragraphe 1, introduit de manière générale la libre prestation de services en matière de transport aérien. Le paragraphe 2 de cette disposition suspend l'application de ce principe relativement au cabotage. La libre prestation de services n'est pas autorisée de manière générale dès l'entrée en vigueur du règlement, le 1er janvier 1993 (voir article 16); les États membres peuvent la limiter jusqu'au 1er avril 1997, mais uniquement dans les conditions visées à l'article 3, paragraphe 2. Une concurrence éventuellement possible du point de vue du marché est donc limitée dans la mesure où le droit découlant de l'article 3, paragraphe 2, est exercé.

56. L'article 4, paragraphe 1, sous a), régit une situation entièrement différente. Cette disposition confère aux États membres la faculté de fixer des conditions minimales pour lesquelles un transporteur aérien peut soumissionner en vue de se voir concéder des droits de trafic. Dans le cadre de la concurrence ouverte par l'article 3, paragraphe 1, il est exigé des transporteurs aériens qui soumissionnent en vue d'obtenir l'autorisation d'exploiter une certaine liaison aérienne que la prestation de service qu'ils proposent remplisse certaines conditions quant à la fréquence, aux horaires, à la capacité offerte, au prix demandé, etc. Une telle réglementation permet de garantir sur certaines liaisons des prestations de services adéquates que le marché soit n'offre pas, soit propose dans une mesure insuffisante. Compte tenu des finalités différentes poursuivies par les articles 3 et 4, paragraphe 1, on peut donc dire en principe que les deux dispositions se juxtaposent; elles ne s'excluent pas ni ne sont subordonnées l'une à l'autre. Dans cette

mesure, on ne voit aucune raison de ne pas autoriser, dans le cadre de l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous a), la faculté limitée dans le temps de restreindre la libre prestation de services conférée par l'article 3, paragraphe 2. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure cette appréciation est également valable en cas d'application du point d), donc en cas de compensation des obligations de service public.

57. Comme l'illustre le cas d'espèce, il existe des situations dans lesquelles l'application de l'article 3, paragraphe 2, dans le cadre de l'article 4, paragraphe 1, sous d), limite la concurrence. Flightline a demandé l'autorisation d'exploiter des services aériens réguliers sur huit des neuf liaisons faisant l'objet de l'appel d'offres lancé conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d), sans que lui soit versée de compensation. Si l'article 3, paragraphe 2, était applicable dans le cadre de l'article 4, paragraphe 1, un soumissionnaire libre qui ne remplit pas les conditions de l'article 3, paragraphe 2, tel que Flightline, serait remplacé par une future entreprise en position de monopole. Ce résultat contredit le sens et la portée du règlement, qui vise à libéraliser le transport aérien et à encourager la concurrence.

58. Les communications qui ont été publiées en l'espèce au Journal officiel montrent à quel point la possibilité de restreindre la concurrence peut également être intéressante pour l'État membre adjudicateur. La publication des obligations de service public au Journal officiel conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous a), ne contient aucun renvoi à l'article 3, paragraphe 2. Cela laisse supposer que le gouvernement portugais n'aurait pas nécessairement tenu à l'application de cette disposition si l'autorisation d'exploitation des liaisons avait été donnée en application du point a). Il n'a été fait usage de la possibilité de limiter le cabotage en vertu de l'article 3, paragraphe 2, que dans le cadre de l'appel d'offres lancé conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d). Ce comportement révèle combien il correspond peu à l'idée fondamentale du règlement n° 2408/92 d'utiliser l'article 3, paragraphe 2, pour limiter, sur les liaisons pour lesquelles des obligations de service public sont imposées afin de garantir une offre suffisante, la participation à l'appel d'offres pour l'exploitation des droits de trafic aérien lancé conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d) et h).

59. L'octroi d'un droit exclusif contredit diamétralement la préoccupation fondamentale du règlement n° 2408/92 telle qu'exprimée à l'article 3, paragraphe 1. La libéralisation visée est remplacée par une nouvelle situation de monopole, même si celle-ci n'est que provisoire.

60. Il convient toutefois de tenir compte du fait que l'article 3, paragraphe 2, n'est qu'une disposition transitoire. Il constitue

une décision délibérée du législateur de prévoir une exception au principe de la libre prestation de services dans le transport aérien. Comme il ressort du dixième considérant du règlement, les droits de cabotage devaient être introduits progressivement afin de stimuler le développement du secteur communautaire des transports aériens et d'améliorer les services offerts aux usagers.

61. L'article 3, paragraphe 2, crée un équilibre entre la libéralisation du transport aérien et la situation spécifique des compagnies aériennes nationales dans le domaine des droits de cabotage. Le besoin spécifique d'un tel équilibre est motivé par le fait que l'octroi de droits de cabotage constitue le plus haut degré d'ouverture du marché. Ce marché était jusqu'alors propriété de chaque État et de leurs compagnies aériennes nationales respectives. C'est ce que démontre l'article 7 de la convention relative à l'aviation civile internationale, qui a été signée à Chicago le 7 décembre 1944 et ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne. Cette disposition accorde expressément à tout État contractant le droit de refuser aux transporteurs aériens d'autres États contractants la permission d'embarquer sur son territoire des passagers, du courrier postal ou des marchandises pour les transporter, contre rémunération, à destination d'un autre point de son territoire.

62. En matière de cabotage, le législateur a donc sciemment accordé aux États membres la possibilité de retarder la libéralisation du 1er janvier 1993 jusqu'au 1er avril 1997 au maximum. Une telle volonté législative ne devait pas être méconnue sans raison valable. Au contraire, il convenait d'essayer de tenir le plus grand compte possible de cette dérogation dans le cadre de l'application des autres dispositions du règlement. Il en va d'autant plus ainsi que la libéralisation en droit communautaire va au-delà de la situation en droit international public. Cette réflexion incite à considérer que l'article 3, paragraphe 2, est par principe également applicable dans le cadre des appels d'offres lancés conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d).

63. Si l'article 4, paragraphe 1, sous d), est interprété en ce sens, son champ d'application est certes restreint de telle sorte que la concurrence est limitée aux transporteurs aériens autorisés dans l'État membre concerné et aux entreprises pour lesquelles le transport sur les liaisons faisant l'objet de l'appel d'offres constitue des services de rabattement. Une telle concurrence limitée est toutefois toujours un progrès par rapport à un marché non libéralisé.

64. Dans ce contexte, il convient de rejeter l'opinion de Flightline, selon laquelle les articles 3, paragraphe 2, et 4 s'excluent mutuellement en raison de leurs champs d'application différents. Il est certes exact que le champ d'application de l'article 3,

paragraphe 2, présuppose l'existence de plusieurs soumissionnaires, puisque la disposition limite la concurrence existante. On ne peut toutefois pas opposer à cela que le champ d'application de l'article 4 ne concernerait que des cas dans lesquels aucun soumissionnaire n'offre les prestations de services en cause. L'imposition d'obligations de service public peut découler de la constatation que le marché n'offre pas les prestations de services adéquates dans une mesure suffisante. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il n'y a pas de concurrence. En outre, l'article 4, paragraphe 1, sous d), concrétise précisément la concurrence, par l'appel d'offres relancé périodiquement au plus tard tous les trois ans, même en cas d'application de la restriction de l'article 3, paragraphe 2, du règlement. L'obligation de relancer périodiquement un appel d'offres garantit précisément la concurrence et limite le paiement compensatoire éventuellement versé, en application du point h), au plus faible déficit pouvant être atteint sur le marché. Il n'existe aucune raison juridique de ne pas tenir compte, dans le cadre de l'article 4, paragraphe 1, de la décision législative délibérée de libéralisation progressive incluant la possibilité de retarder l'introduction du cabotage. Par conséquent, il convient d'estimer qu'une application de l'article 4, paragraphe 1, n'entraîne pas nécessairement la renonciation au droit découlant de l'article 3, paragraphe 2.

65. Comme l'atteste notamment aussi le point 11 de l'appel d'offres publié au Journal officiel, même dans le cadre de l'application du point d), la libre concurrence passe avant l'entreprise en position de monopole, le cas échéant subventionnée. Ainsi, la concession n'était accordée que dans la mesure où, jusqu'au 1er novembre 1995, aucun transporteur aérien n'avait demandé l'autorisation d'exploiter l'une ou plusieurs des liaisons faisant l'objet de l'appel d'offres. Seules les liaisons pour lesquelles aucun concurrent libre ne s'était présenté pouvaient être concédées en application du point d).

66. Le sens et la portée des dispositions ne permettent pas d'exclure l'application de l'article 3, paragraphe 2, dans le cadre de l'article 4. En conclusion, il convient donc de suivre la décision délibérée du législateur de libéraliser progressivement le transport aérien et de ne libéraliser le cabotage qu'à partir du 1er avril 1997, et il y a lieu d'autoriser l'application de l'article 3, paragraphe 2, dans le cadre de l'article 4.

67. Enfin, il convient encore de signaler que cette solution ne viole pas l'interdiction de discrimination de l'article 12 CE. Les règles relatives à la libre prestation de services contenues aux articles 51 CE et suivants sont une réglementation spécifique prioritaire par rapport à l'interdiction générale de discrimination. Conformément à l'article 80, paragraphe 2, elles ne s'appliquent au transport aérien que dans la

mesure où le Conseil en a décidé ainsi dans des dispositions spécifiques. Le règlement n° 2408/92 constitue une telle disposition. Lorsqu'il y est dit, à l'article 3, paragraphe 2, que des discriminations en raison de la nationalité, ici l'enregistrement du transporteur aérien dans un autre État membre, étaient légales jusqu'au 1er avril 1997, cette discrimination est donc conforme au traité CE. Lors de l'audience, le représentant de Flightline a d'ailleurs expressément renoncé au grief selon lequel le règlement n° 2408/92, ou tout au moins son article 3, paragraphe 2, violerait l'article 12 CE.

68. Nous proposons donc de répondre à la première question comme suit:

L'exercice par un État membre du droit prévu par l'article 4 du règlement n° 2408/92 ne suppose pas et n'a pas non plus pour effet que cet État membre doit renoncer à la faculté, prévue par l'article 3, paragraphe 2, du même règlement, de limiter jusqu'au 1er avril 1997 la concurrence dans les services de cabotage sur son territoire.

3) *Sur la deuxième question*

69. La réponse à la deuxième question fait pour l'essentiel suite au résultat des réflexions sur la première question. Puisque l'appel d'offres lancé en application de l'article 4, paragraphe 1, n'entraîne pas la renonciation à la possibilité de limiter l'attribution de droits de cabotage conformément à l'article 3, paragraphe 2, le fait que l'État membre exige, dans le cadre de l'appel d'offres, que les transporteurs aériens soumissionnent dans les conditions prévues à l'article 3, paragraphe 2, n'est pas non plus contraire au droit communautaire. Au contraire, dans ce cas, l'État membre exerce précisément les droits que lui confère l'article 3, paragraphe 2.

70. Dans la mesure où les transporteurs aériens titulaires d'une licence délivrée par un autre État membre sont tenus de satisfaire aux conditions posées à l'article 3, paragraphe 2, se pose toutefois le problème consistant en ce que l'appel d'offres à la base du litige au principal devait accorder des droits exclusifs pour une période allant du 1er janvier 1996 au 31 décembre 1998 (voir point 8 de l'appel d'offres). Cette période va au-delà du délai fixé à l'article 3, paragraphe 2, en vertu duquel la limitation du cabotage n'était légale que jusqu'au 1er avril 1997. Se pose donc la question de savoir dans quelle mesure un appel d'offres effectué en 1995 concernant des prestations devant être fournies entre le 1er janvier 1996 et le 31 décembre 1998 pouvait prolonger au-delà du 1er avril 1997 la restriction en application de l'article 3, paragraphe 2.

71. La règle figurant à l'article 3, paragraphe 2, est une exception au principe de

libre accès aux liaisons intercommunautaires consacré à l'article 3, paragraphe 1. Conformément aux principes généraux d'interprétation, elle doit, en tant que disposition dérogatoire, être interprétée de manière restrictive.

72. Flightline estime que les restrictions ne devraient en aucun cas aller au-delà de ce qui est indiqué dans le règlement. La TAP et le gouvernement portugais ne se prononcent pas sur ce point. La Commission signale simplement que des droits exclusifs ne peuvent être accordés que pour une période maximale de trois ans.

73. Effectivement, les droits exclusifs en vertu de l'article 4, paragraphe 1, sous d), ne peuvent être accordés que pour trois ans au maximum. Ce délai est conforme à celui codifié à l'article 5, qui prévoit une protection de trois ans pour les concessions exclusives existant à l'entrée en vigueur du règlement. Toutefois, les délais de trois ans sont des limites maximales, tant dans l'article 4 que dans l'article 5. Il n'existe aucune obligation de les épuiser. Les droits exclusifs peuvent également être concédés pour des périodes plus courtes, par exemple, dans le cadre de l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous d), pour la période allant du 1er janvier 1996 au 31 mars 1997. Cela est un indice du fait que les délais de trois ans figurant aux articles 4 et 5 ne doivent en aucun cas servir à prolonger le délai fixé à l'article 3, paragraphe 2.

74. En outre, la disposition de l'article 5 expirait le 1er janvier 1996. Il serait contraire au sens de cette disposition transitoire d'en déduire un argument selon lequel de nouvelles concessions exclusives auraient pu être accordées pour la période du 1er janvier 1996 au 31 décembre 1998 par appel d'offres lancé fin 1995.

75. En ce qui concerne l'article 4, paragraphe 1, sous d), il convient certes de constater que son champ d'application temporel est illimité. Toutefois, rien dans cette disposition n'indique qu'elle autorise à empêcher ou à retarder l'application d'autres dispositions du règlement. Seule une interprétation qui ne prolonge pas la possibilité de restreindre le cabotage au-delà du 1er avril 1997, même si elle a lieu dans le cadre d'un appel d'offres lancé conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d), fait droit à l'idée fondamentale de la libéralisation, telle qu'établie à l'article 3, paragraphe 1.

76. Par conséquent, nous proposons de répondre à la deuxième question comme suit:

Dans le cadre d'un appel d'offres lancé en 1995 par un État membre pour l'exploitation de services aériens réguliers sur une liaison conformément aux obligations de service public imposées pour cette même liaison en vertu de l'article 4 du règlement,

il ne pouvait être exigé des transporteurs aériens soumissionnaires, titulaires d'une licence délivrée par un autre État membre, qu'ils remplissent les conditions prévues par l'article 3, paragraphe 2, du règlement précité, que jusqu'au 1er avril 1997. Pour la période postérieure à cette date, tout transporteur aérien était et est admis sans restriction.

79. Compte tenu de l'engagement de la République portugaise mentionné à l'article 1er, sous e), de la décision d'aide, l'article 4 s'applique toutefois au moins déjà depuis le 1er janvier 1996 à la région autonome des Açores. Cela correspond exactement à la date à partir de laquelle les services faisant l'objet de l'appel d'offres de la République portugaise devaient être assurés.

4) *Sur la troisième question*

77. Par la troisième question, la juridiction de renvoi désire savoir dans quelle mesure la décision d'aide, notamment son article 1er, sous e), en vertu duquel la République portugaise s'est engagée à appliquer l'article 4 aux régions autonomes des Açores et de Madère au plus tard le 1er janvier 1996, conduit à l'exclusion de la faculté de la République portugaise de limiter le cabotage conformément à l'article 3, paragraphe 2.

78. Alors que le règlement n° 2408/92 est applicable à la région autonome de Madère depuis son entrée en vigueur, l'article 1er, paragraphe 4, exclut la région autonome des Açores du champ d'application du règlement jusqu'au 1er juillet 1993 — ultérieurement prolongé jusqu'au 30 juin 1998.

80. Puisque — comme indiqué dans les première et deuxième questions — l'application de l'article 4 n'exclut pas la faculté que l'article 3, paragraphe 2, confère à un État membre, il convient d'examiner ci-après dans quelle mesure la décision d'aide entraîne la renonciation à l'exercice des droits conférés par l'article 3, paragraphe 2, à partir du 1er janvier 1996.

81. Le libellé de l'article 1er, sous e), de la décision d'aide ne contient aucune référence expresse à l'article 3, paragraphe 2, du règlement. Il convient donc de rechercher s'il ressort de la motivation de la décision d'aide que l'application de cette disposition devait être exclue.

82. Flightline renvoie à l'obligation de la République portugaise, en contrepartie de l'autorisation des aides à la restructuration, d'éliminer toutes les barrières qui protègent la TAP de la concurrence. Cette opinion peut s'appuyer sur le titre VIII, point 3, de

la motivation de la décision d'aide. Il y est indiqué que la Commission estime que l'élimination des barrières qui protègent la TAP de la concurrence compense justement l'octroi de l'aide.

83. L'exercice de la possibilité de restriction du cabotage au sens de l'article 3, paragraphe 2, constitue par principe, selon les considérations précédentes, une mesure limitant la concurrence. Puisque la TAP était la seule candidate à l'exploitation des neuf liaisons soumises à appel d'offres conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous d), l'application de l'article 3, paragraphe 2, avait l'effet d'une mesure protégeant la TAP de la concurrence. En effet, Flightline ne remplissait pas les conditions de l'article 3, paragraphe 2, et ne pouvait donc pas prendre part à l'appel d'offres.

84. Les mesures, citées à titre d'exemple au titre VIII, point 3, de la décision d'aide, devant être prises par la République portugaise notamment pour remédier à la protection de la concurrence ne mentionnent toutefois, tout comme l'article 1er, sous e), de la décision d'aide, que le lancement d'un appel d'offres conformément à l'article 4. L'article 3, paragraphe 2, n'est pas mentionné (voir titre VIII, point 3, deuxième tiret, de la décision d'aide). Il est tout aussi peu fait mention de la renonciation, par la République portugaise, à la faculté qui lui est conférée de limiter le cabotage.

85. Il est certes indiqué dans la motivation que, conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous a), les obligations de service public prévues par la République portugaise pour les régions autonomes des Açores et de Madère doivent être publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*. Il est indiqué à cet égard qu'une concession après appel d'offres est accordée dans la mesure où «aucune compagnie européenne ne se déclare prête à remplir ces obligations de service public». On pourrait éventuellement en déduire qu'une limitation aux entreprises qui remplissent les conditions de l'article 3, paragraphe 2, n'est pas possible.

86. Une comparaison entre la décision d'aide et le passage correspondant de l'article 4, paragraphe 1, sous d), du règlement confirme cette opinion. Cette disposition ne parle de manière générale que de transporteurs aériens. L'accent mis sur les entreprises «européennes» pourrait ainsi sciemment comporter un élargissement du cercle des soumissionnaires potentiels.

87. Le fait que cela conduirait à une contradiction entre l'article 4, paragraphe 1, sous a) et b), s'oppose toutefois à une telle compréhension de la décision d'aide. Certains soumissionnaires pourraient certes demander l'autorisation d'exploiter des liaisons pour lesquelles des obligations de service public ont été imposées conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous a). Ils ne pourraient cependant

pas prendre part à un appel d'offres lancé ensuite en application du point d), dans la mesure où ils ne remplissent pas les conditions de l'article 3, paragraphe 2. En effet, la décision d'aide — dont le libellé est sur ce point à nouveau identique à celui de l'article 4, paragraphe 1, sous d), du règlement — indique que, au cas où aucun soumissionnaire ne se déclare prêt à remplir les obligations de service public publiées conformément au point a), l'exploitation des liaisons ne doit alors être proposée, par la voie d'un appel d'offres en vertu du point d), qu'à tout transporteur aérien européen «autorisé à exploiter de tels services aériens». Puisqu'il y a lieu d'estimer que le même sens doit être donné au libellé identique de la décision d'aide et du règlement, aucune exclusion de l'application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement ne peut être déduite de cette formulation, conformément aux considérations sur la première question.

88. Rien d'autre ne ressort de l'article 1er, sous f), de la décision d'aide ni du titre VIII, point 3, premier tiret, de la motivation de cette dernière. Il y est certes indiqué que la République portugaise a confirmé que la libéralisation des services non réguliers entre les aéroports de la Communauté et l'archipel des Açores concerne «tous les services» visés au règlement et que ceux-ci seront donc autorisés même si les Açores sont encore exclues du champ d'application du règlement. Ce passage ne concerne toutefois pas le champ d'application de l'article 4 du règlement. Cette dernière disposition porte expressément sur les services aériens réguliers et non sur les services non réguliers. De plus, l'expression «tous» se rapporte dans ce contexte au type de services, comme le montre l'énumération de la vente de sièges et de voyages simples (aller ou retour) dans le cadre de services d'affrètement. Il n'est donc pas fait référence à la libéralisation des services de cabotage.

89. En conclusion, on ne peut par conséquent pas déduire de la motivation de la décision d'aide qu'elle part du principe de l'élimination de l'ensemble des barrières protégeant la TAP de la concurrence, notamment la renonciation au droit découlant de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 2408/92.

90. Contrairement à l'opinion de Flightline, l'application de l'article 3, paragraphe 2, ne peut pas non plus être exclue au motif que l'obligation d'appliquer l'article 4 imposée par la décision d'aide n'aurait sinon aucun sens. Il convient d'y opposer que, sans la décision d'aide, la République portugaise n'aurait dû appliquer l'article 4 aux régions autonomes des Açores qu'après le 30 juin 1998. Jusqu'à cette date, sans la décision d'aide, ni l'article 3 ni l'article 4 n'étaient applicables aux Açores. Dans cette mesure, le contenu réglementaire de la décision d'aide encourage la concurrence.

91. En ce qui concerne les Açores, l'obligation de procéder à un appel d'offres est importante dans la mesure où Portugália

pouvait nommément entrer en concurrence avec la TAP, comme l'indique la Commission. Conformément à la réponse apportée à la première question, pouvaient aussi entrer en concurrence les transporteurs aériens non enregistrés au Portugal qui remplissaient les conditions posées à l'article 3, paragraphe 2.

92. L'interprétation de la décision d'aide soutenue ici est conforme à la pratique de la Commission. Cette dernière indique dans ses observations que, lors de l'adoption d'autres décisions d'aide, elle n'a jamais exigé des États membres qu'ils renoncent de manière anticipée aux facultés conférées par l'article 3, paragraphe 2. Il n'y a aucune raison de déduire autre chose de la décision d'aide en cause en l'espèce. La Commission n'a jamais mis en doute la légalité de l'appel d'offres publié au Journal officiel, y compris le renvoi à l'application de l'article 3, paragraphe 2.

93. En conclusion provisoire, il convient donc de constater qu'il ne ressort pas de l'article 1er, sous e) et f), de la décision d'aide que la République portugaise a renoncé aux droits que lui confère l'article 3, paragraphe 2.

94. Il convient toutefois de considérer, également dans le cadre de la troisième question préjudicielle, que les restrictions à l'article 4, paragraphe 1, sous d), du fait de l'application de l'article 3, paragraphe 2, ne peuvent aller au-delà de ce que prévoit cette disposition, donc au-delà du 1er avril 1997. Il serait contraire à l'article 3, paragraphe 1, d'autoriser la concession de droits exclusifs limitant le cabotage au-delà de cette date. À condition que les soumissionnaires remplissent les conditions de l'article 3, paragraphe 2, du règlement, les liaisons avec les régions autonomes de Madère ne pouvaient donc être concédées que jusqu'au 31 mars 1997 inclus et celles avec les régions autonomes des Açores jusqu'au 30 juin 1998 inclus. Le règlement nº 2408/92 est entré en vigueur le 1er avril 1997 pour Madère et le 1er juillet 1998 pour les Açores.

95. Nous proposons donc de répondre à la troisième question préjudicielle comme suit:

L'article 1er, sous e) et f), de la décision d'aide, qui subordonne l'approbation de l'aide qu'il prévoit à la condition que la République portugaise respecte son engagement d'appliquer l'article 4 du règlement (CEE) nº 2408/92 aux régions autonomes au plus tard le 1er janvier 1996 et de publier les obligations de service public sur les routes concernées à partir de cette date ne signifie pas que la République portugaise est empêchée d'exercer la faculté de refuser des droits de cabotage conférée aux États membres par l'article 3, paragraphe 2, du règlement. Toutefois, la limitation du cabotage ne pouvait être appliquée que jusqu'au 1er avril 1997 à Madère et jusqu'au 1er juillet 1998 aux Açores.

VII — Conclusion

96. Je propose par conséquent de répondre aux questions préjudicielles comme suit:

«1) L'exercice par un État membre du droit prévu par l'article 4 du règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, ne suppose pas et n'a pas non plus pour effet que cet État membre doit renoncer à la faculté, prévue par l'article 3, paragraphe 2, du même règlement, de limiter jusqu'au 1er avril 1997 la concurrence dans les services de cabotage sur son territoire.

2) Dans le cadre d'un appel d'offres lancé en 1995 par un État membre pour l'exploitation de services aériens réguliers sur une liaison conformément aux obligations de service public imposées pour cette même liaison en vertu de l'article 4 du règlement, il ne pouvait être exigé des transporteurs aériens soumissionnaires, titulaires d'une licence délivrée par un autre État membre, qu'ils remplissent les conditions prévues par l'article 3, paragraphe 2, du règlement précité, que jusqu'au 1er avril 1997. Pour la période postérieure à cette date, tout transporteur aérien était et est admis sans restriction.

3) L'article 1er, sous e) et f), de la décision 94/698/CE de la Commission, du 6 juillet 1994, concernant une augmentation de capital, des garanties de crédit et une exonération fiscale en faveur de la compagnie aérienne TAP, qui subordonne l'approbation de l'aide qu'il prévoit à la condition que la

République portugaise respecte son engagement d'appliquer l'article 4 du règlement n° 2408/92 aux régions autonomes au plus tard le 1er janvier 1996 et de publier les obligations de service public sur les routes concernées à partir de cette date ne signifie pas que la République portugaise est empêchée d'exercer la faculté de refuser des droits de cabotage conférée aux États membres par l'article 3, paragraphe 2, du règlement. Toutefois, la limitation du cabotage ne pouvait être appliquée que jusqu'au 1er avril 1997 à Madère et jusqu'au 1er juillet 1998 aux Açores.»