CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE SIEGBERT ALBER

presentate il 27 settembre 2001 [1]

I — Introduzione

1. Il Supremo Tribunal Administrativo portoghese (Corte suprema amministrativa) domanda alla Corte di pronunciarsi sulla interpretazione del regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie (in prosieguo: il «regolamento n. 2408/92») [2]. Con la domanda di pronuncia pregiudiziale si chiede in particolare se per effetto di una gara d'appalto di una rotta aerea, effettuata ai sensi dell'art. 4, siano state limitate le facoltà che l'art. 3, n. 2, riconosce ad uno Stato membro — vale a dire la possibilità di negare i diritti di cabotaggio —, nonché se tale ipotesi si sia eventualmente verificata allorché venne effettuata una siffatta gara d'appalto per rispettare una condizione inerente un aiuto del Portogallo approvato nel 1994 dalla Commissione, in un periodo — nel caso di specie, nel 1995 — in cui, in assenza della predetta condizione e in virtù di una disciplina derogatoria valida rispettivamente fino al 1997 e al 1998, non ci sarebbe stato ancora alcun obbligo di effettuarla. In concreto si tratta dei voli dalla terraferma del Portogallo verso Madeira e le Azzorre.

II — Contesto normativo

Il regolamento n. 2408/92

Art. 1, n. 1:

«1. Il presente regolamento riguarda l'accesso alle rotte all'interno della Comunità per lo svolgimento di servizi aerei di linea e non di linea.

(...)».

(I numeri 2 e 3 riguardano l'applicazione del regolamento a Gibilterra.)

«4. Il presente regolamento non si applica, sino al 30 giugno 1993 [3], agli aeroporti situati nelle isole greche e nelle isole atlantiche che compongono la regione

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — GU L 240, pag. 8.

3 — Il regolamento in quanto tale, a termini dell'art. 16, è entrato in vigore il 1° gennaio 1993.

autonoma delle Azzorre. Salvo che il Consiglio decida altrimenti su proposta della Commissione, tale esclusione viene applicata per un ulteriore periodo di cinque anni, e può essere prorogata per successivi cinque anni[4]».

Art. 3

«1. Ai sensi del presente regolamento, lo (gli) Stato(i) membro(i) interessato(i) permette (permettono) ai vettori aerei comunitari di esercitare diritti di traffico su rotte all'interno della Comunità.

2. In deroga al paragrafo 1, anteriormente al 1° aprile 1997[5] uno Stato membro non è obbligato ad autorizzare diritti di cabotaggio all'interno del suo territorio per i vettori aerei comunitari titolari di una licenza rilasciata da un altro Stato membro, a meno che:

i) i diritti di traffico siano esercitati su un servizio che costituisce un'estensione di un servizio, ed è programmato come tale, a partire dallo Stato di immatricolazione del vettore, o in quanto servizio preliminare verso tale Stato;

ii) il vettore aereo non utilizzi, per il servizio di cabotaggio, più del 50 % della sua capacità stagionale sullo stesso servizio di cui il servizio di cabotaggio costituisce l'estensione o il servizio preliminare.

(...)».

Art. 4

«1.a) Uno Stato membro può, previa consultazione con gli altri Stati membri interessati e dopo aver informato la Commissione e i vettori aerei operanti sulla rotta, imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati verso un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto regionale nel suo territorio, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico della regione in cui si trova

4 — Poiché il Consiglio non ha deciso altrimenti, tale deroga è rimasta quindi in vigore per le Azzorre fino al 30 giugno 1998; un'ulteriore proroga, pur di per sé possibile, non è stata decisa.

5 — Tale data valeva pertanto per i voli da e per Madeira.

l'aeroporto stesso, nella misura necessaria a garantire che su tale rotta siano prestati adeguati servizi aerei di linea rispondenti a determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione cui i vettori aerei non si atterrebbero se tenessero conto unicamente del loro interesse commerciale. La Commissione renderà nota l'esistenza di questi oneri di servizio pubblico tramite la Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

h) Uno Stato membro può rimborsare un vettore aereo selezionato (...) che soddisfi le norme di onere di servizio pubblico prescritte nel quadro del presente paragrafo; tale rimborso tiene conto dei costi e dei ricavi derivanti dal servizio in questione».

Art. 5

(...)

«Sulle rotte nazionali che, al momento dell'entrata in vigore del presente regolamento, formano oggetto di concessione esclusiva in forza della legge o di un contratto e laddove altre forme di trasporto non possano garantire un servizio adeguato e ininterrotto, tale concessione può sussistere fino alla sua data di scadenza, limitatamente comunque ad un periodo di tre anni».

d) L'accesso ad una rotta sulla quale nessun vettore aereo abbia istituito o si appresti a istituire servizi aerei di linea conformemente all'onere di servizio pubblico imposto su tale rotta, può essere limitato dallo Stato membro ad un unico vettore aereo per un periodo non superiore a tre anni al termine del quale si procederà ad un riesame della situazione. Il diritto di effettuare siffatti servizi sarà concesso, tramite appalto pubblico, per rotte singole o serie di rotte a qualsiasi vettore aereo comunitario abilitato a effettuare tali servizi.

2) *La decisione relativa alla concessione dell'aiuto 94/689*

L'art. 1, lett. e) e f), della decisione della Commissione 6 luglio 1994, 94/698/CE, relativa all'aumento di capitale, alle garan-

(...)

zie di credito ed all'esenzione fiscale a favore della TAP [6] così dispone:

«L'aiuto in favore della TAP (...) è compatibile con il mercato comune (...), alle seguenti condizioni:

(...)

e) che il Portogallo adempia l'obbligo assunto di applicare l'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92 alle isole atlantiche delle Azzorre e di Madeira a partire dal 1° gennaio 1996 [7], facendo pubblicare gli oneri di servizio pubblico relativi alle singole rotte in questione (vedi capitolo VIII, punto 3);

f) che il Portogallo adempia gli obblighi assunti relativamente alla liberalizzazione dei trasporti non di linea tra tutti gli aeroporti della Comunità e le Azzorre estesa a tutti i servizi indicati nel regolamento (CEE) n. 2408/92, compresi i voli charter con il solo posto a sedere ed i voli charter di sola andata; (...)».

2. La motivazione di tali disposizioni si trova espressa nel capitolo VIII, punto 3, della decisione relativa alla concessione di aiuto:

«La Commissione prende debitamente nota delle assicurazioni e degli impegni del Portogallo in merito all'attuazione delle norme sull'accesso al mercato comune dei trasporti aerei ed all'interpretazione da dare ad alcune disposizioni. La Commissione ritiene che l'eliminazione dei vincoli che proteggevano TAP dalla concorrenza costituisca una misura compensatoria adeguata per la concessione dell'aiuto, che è nell'interesse comune a norma dell'articolo 92, paragrafo 3, lettera c) del trattato e dell'articolo 61, paragrafo 3, lettera c) dell'accordo. In particolare, il Portogallo:

— ha confermato che la liberalizzazione dei trasporti aerei non di linea tra tutti gli aeroporti della Comunità e l'arcipelago delle Azzorre riguarda tutti i servizi indicati nel regolamento (CEE) n. 2408/92, compresi i voli charter con

6 — GU L 279 del 28.10.1994, pag. 29.

7 — Originariamente la disciplina derogatoria per Madeira valeva fino al 1° aprile 1997 — v. art. 3, n. 2 — e la disciplina derogatoria per le Azzorre fino al 30 giugno 1998 — v. art. 1, n. 4, del regolamento n. 2408/92, e nota 5.

il solo posto a sedere ed i voli charter di sola andata. Ciò significa che questi tipi di servizi aerei saranno autorizzati nonostante il fatto che il regolamento (CEE) n. 2408/92 non si applichi temporaneamente alle Azzorre;

— ha riaffermato la sua determinazione ed intenzione di applicare nel 1995 una procedura di appalto pubblico per i collegamenti tra il territorio continentale portoghese e le isole di Madeira e delle Azzorre ai sensi dell'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92. Nel primo semestre del 1995 il Portogallo intende inoltre informare la Commissione sul contenuto degli oneri relativi a questi servizi pubblici, in modo che possa essere pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. In proposito, la Commissione ricorda che l'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92 prevede che il contenuto di questi oneri di servizio pubblico debba essere separatamente pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Dopo la pubblicazione, se nessun vettore aereo europeo dichiara di essere disposto ad adempiere a questi oneri di servizio pubblico, il diritto di gestire i servizi in questione sarà attribuito mediante appalto pubblico, su base singola oppure per un gruppo di rotte, a ciascun vettore aereo europeo che sia autorizzato ad effettuare tali servizi».

3) *Il bando di gara pubblicato ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d)*

3. Il bando di gara, sulla base del quale la TAP aveva posto la sua candidatura per la gestione dei servizi aerei, prevedeva, inter alia, quanto segue [8]:

«3. Partecipazione all'appalto

La partecipazione è aperta a tutti i vettori aerei titolari di una licenza di esercizio valida rilasciata da uno Stato membro ai sensi del regolamento (CEE) n. 2407/92 del Consiglio, del 23.7.1992, sul rilascio delle licenze ai vettori aerei e di un adeguato certificato di operatore aereo.

Tuttavia, poiché il Portogallo ha invocato l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 3, paragrafo 2 del regolamento (CEE) n. 2408/92, i vettori aerei titolari di una licenza di esercizio rilasciata da uno Stato membro diverso dal Portogallo non possono utilizzare fino all'1.4.1997, per il servizio di cabotaggio all'interno del Portogallo, più del 50% della loro capacità

8 — GU C 223 del 29.8.1995, pag. 16.

sullo stesso servizio di cui il servizio di cabotaggio costituisce l'estensione o la fase preliminare.

(...)

11. Validità del bando di gara

Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), prima frase del regolamento (CEE) n. 2408/92, il presente bando di gara è valido a condizione che nessun vettore aereo comunitario che potrebbe essere autorizzato a sfruttare tali rotte presenti, entro l'1.11.1995 [concedendo (...)], una richiesta di autorizzazione per lo sfruttamento di una o alcune delle rotte interessate a decorrere dall'1.1.1996, conformemente agli oneri di servizio pubblico imposti e senza ricevere alcuna compensazione finanziaria.

In ogni caso, il bando di gara sarà valido esclusivamente per le rotte relativamente alle quali nessun vettore abbia proposto i propri servizi entro l'1.11.1995 alle condizioni sopra indicate.

(...)».

III — Fatti

4. Con decisione 6 luglio 1994, 94/698/CE (in prosieguo: la «decisione relativa alla concessione dell'aiuto») la Commissione autorizzava la concessione di una serie di aiuti a favore della compagnia aerea statale portoghese Transportes Aéreos Portuguese SA (in prosieguo: la «TAP»), nell'ambito di un programma di ristrutturazione.

5. L'autorizzazione veniva rilasciata a determinate condizioni, riportate all'art. 1, lett. a)-h), della decisione relativa alla concessione dell'aiuto. In particolare, il Portogallo, in forza della lett. e) della decisione, assumeva l'obbligo di applicare l'art. 4 del regolamento n. 2408/92 alle isole atlantiche delle Azzorre e di Madeira a decorrere dal 1° gennaio 1996.

6. Il 4 agosto 1995 veniva pubblicata nella Gazzetta ufficiale, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a), del regolamento n. 2408/92, la comunicazione della Commissione secondo cui il Portogallo, conformemente alla decisione relativa alla concessione dell'aiuto, aveva deciso di imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei su nove rotte tra il continente portoghese e le

regioni autonome nonché tra le regioni autonome medesime [9].

7. Il 29 agosto 1995, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d), del regolamento n. 2408/92, veniva bandita una gara d'appalto per la gestione dei servizi aerei su tali rotte. Scopo del bando di gara era l'individuazione di un unico vettore aereo interessato a gestire, sulla base di una contropartita finanziaria, nel periodo compreso tra il 1° gennaio 1996 e il 31 dicembre 1998 il complesso delle menzionate nove rotte nel rispetto degli oneri di servizio pubblico. La partecipazione alla gara d'appalto veniva espressamente subordinata al rispetto dell'art. 3, n. 2, del regolamento n. 2408/92. Il bando di gara era subordinato alla condizione che nessun vettore aereo, che avrebbe potuto essere autorizzato a gestire singoli servizi aerei o il complesso di essi, avesse presentato entro il 1° novembre 1995 una offerta per la gestione delle menzionate linee senza richiedere una contropartita di ordine finanziario. Alla gara partecipava solo la TAP, la quale già era autorizzata a gestire in via esclusiva fino alla fine del 1995 le rotte di cui trattasi.

8. Invero, il 30 ottobre 1995, vale a dire prima della scadenza del termine del bando di gara, la Flightline Ltd (in prosieguo: la «Flightline») — compagnia aerea di diritto britannico con sede nel Regno Unito e titolare di licenza d'esercizio britannica — presentava richiesta di autorizzazione alla gestione di otto delle nove rotte bandite, addirittura senza pretendere alcuna contropartita finanziaria. Tale richiesta veniva respinta con decreto del Segretario di Stato per i Trasporti e le Comunicazioni 22 dicembre 1995, sulla base del rilievo che, riferendosi l'offerta a servizi di cabotaggio, non risultavano soddisfatti i requisiti previsti dall'art. 3, n. 2, del regolamento.

9. Il ricorso presentato contro il decreto di diniego non veniva accolto. Nella sentenza si afferma che né la decisione relativa alla concessione dell'aiuto né l'art. 4 del regolamento n. 2408/92 osterebbero all'applicazione dell'art. 3, n. 2. Diversamente ragionando, l'art. 3, n. 2, perderebbe gran parte del suo significato. La decisione relativa alla concessione dell'aiuto si richiamerebbe unicamente all'art. 4 del regolamento; pertanto — così si sostiene nella domanda di pronuncia pregiudiziale — occorrerebbe interpretare il regolamento in modo autonomo.

IV — Domanda di pronuncia pregiudiziale

10. La detta sentenza veniva impugnata dalla Flightline dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo portoghese, il quale sottopone alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

1) Se l'esercizio da parte di uno Stato membro dei diritti e delle facoltà previste dall'art. 4 del regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408, presupponga o determini

9 — GU C 200 del 4.8.1995, pag. 3.

necessariamente la rinuncia alla facoltà per lo Stato membro medesimo, ai sensi dell'art. 3, n. 2, del regolamento stesso, di poter limitare, sino al 1° aprile 1997, la concorrenza nei servizi di cabotaggio all'interno del proprio territorio.

2) Se in un bando di gara pubblica, indetto nel 1995 da uno Stato membro ai sensi dell'art. 4 del regolamento per l'accesso alla prestazione di servizi aerei di linea su una determinata rotta conformemente agli oneri di servizio pubblico vigenti su tale rotta, si possa pretendere che i vettori aerei, titolari di licenza di esercizio rilasciata da altro Stato membro, partecipino alla gara alle condizioni previste dall'art. 3, n. 2, del medesimo regolamento.

3) Se l'art. 1, lett. e), della decisione della Commissione 94/698/CE, subordinando l'approvazione dell'aiuto ivi previsto alla condizione che il Portogallo adempia l'obbligo di applicare l'art. 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92 alle regioni autonome a decorrere dal 1° gennaio 1996, facendo pubblicare gli oneri di servizio pubblico imposti sulle rotte di cui trattasi («v. capitolo VIII, punto 3»), debba essere interpretato nel senso che il Portogallo sia escluso dall'esercizio della facoltà riconosciuta agli Stati membri dall'art. 3, n. 2, del regolamento.

V — Osservazioni depositate dinanzi alla Corte

1) *Flightline*

11. La Flightline obietta che le questioni pregiudiziali non corrispondono alle questioni oggetto del giudizio *a quo*. Occorre piuttosto accertare se il Portogallo avrebbe potuto respingere l'offerta della Flightline in base al rilievo che la Flightline stessa non soddisfaceva le condizioni previste dall'art. 3, n. 2.

12. Secondo la Flightline tale ipotesi non ricorre. La Commissione avrebbe approvato le misure di ristrutturazione della TAP solo a determinate condizioni, tra cui, in particolare, il rispetto dell'impegno, di cui all'art. 1, lett. e), della decisione relativa alla concessione dell'aiuto, di bandire una gara pubblica e di pubblicare gli oneri di servizio pubblico nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*. La Commissione avrebbe imposto al Portogallo, a titolo di contropartita per la concessione degli aiuti, la rimozione dei vincoli che proteggevano la TAP dalla concorrenza. Conseguentemente il bando di gara non poteva essere sottoposto alle condizioni di cui all'art. 3, n. 2, del regolamento.

13. Il combinato disposto dell'art. 4 del regolamento e dell'art. 1, lett. e), della decisione relativa alla concessione del-

l'aiuto dimostrerebbe come il Portogallo avrebbe assunto l'obbligo di non invocare l'art. 3, n. 2, del regolamento. Ciò emergerebbe, da un lato, dalla circostanza che il contenuto dell'obbligo assunto dal Portogallo non potrebbe coincidere con quanto già consentito dal regolamento n. 2408/92 e, dall'altro, dalla circostanza che l'art. 3, n. 2, del regolamento sarebbe rimasto in vigore solo fino al 1° aprile 1997, mentre gli effetti della gara d'appalto si sarebbero estesi fino al 31 dicembre 1998. Per quanto la decisione relativa alla concessione dell'aiuto miri ad una liberalizzazione graduale, non sarebbe possibile ritenere che il Portogallo potesse ulteriormente limitare la concorrenza per un anno e nove mesi oltre il termine originario.

14. Secondo la Flightline, la sfera di applicazione dell'art. 4 e dell'art. 3 sarebbe distinta. Mentre l'art. 4 si riferirebbe a linee aeree non richieste da alcun vettore, sulle quali pertanto non vi sarebbe concorrenza, l'art. 3, n. 2, riguarderebbe, al contrario, i vincoli su rotte per le quali sussisterebbe concorrenza.

15. L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 3, n. 2, ai collegamenti contemplati dall'art. 4 del regolamento non pregiudicherebbe la possibilità, sussistente fino al 1° aprile 1997, di limitare la concorrenza sul complesso delle linee interne, potenzialmente oggetto di concorrenza.

16. La Flightline sostiene, inoltre, che l'art. 3, n. 2, non imporrebbe allo Stato membro alcun obbligo, bensì riconoscerebbe semplicemente il diritto di negare il cabotaggio.

17. Infine, l'esercizio della facoltà riconosciuta dall'art. 3, n. 2, comporterebbe una discriminazione in base alla nazionalità, vietata dall'art. 12 del Trattato CE, poiché, di fatto, risulterebbero esclusi solo i vettori aerei non portoghesi.

2) *Transportes Aéreos Portuguese SA (TAP)*

18. In via preliminare, la TAP ritiene irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale. Ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE la Corte di giustizia non sarebbe competente a pronunciarsi su fattispecie concrete. La necessità di una pronuncia pregiudiziale sarebbe dubbia in presenza di un chiaro tenore delle norme comunitarie.

19. Nel merito, la TAP sostiene che si tratterebbe, in sostanza, di stabilire se il Portogallo fosse obbligato, sulla base degli artt. 3, n. 2, e 4, n. 1, lett. d), del regolamento n. 2408/92, nonché del bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale ad accettare l'offerta della Flightline.

20. A parere della TAP, né dall'art. 4 del regolamento né dalla decisione relativa alla concessione dell'aiuto risulterebbe una rinuncia del Portogallo ai diritti derivanti dall'art. 3, n. 2. Il tenore letterale degli artt. 3, n. 2, e 4 oltre a ragioni di ordine logico-sistematico non lascierebbero emergere alcun collegamento tra le rispettive discipline. Conseguentemente, nell'applicazione dell'art. 4 non sarebbe preclusa la possibilità di invocare i diritti di cui all'art. 3.

21. Inoltre, sempre a parere della TAP, occorrerebbe tener presente che il processo di liberalizzazione dei trasporti aerei è graduale e progressivo, il che giustificherebbe misure di protezione del genere di quelle previste dall'art. 3, n. 2. Gli Stati membri che abbiano imposto oneri di servizio pubblico, avrebbero conservato le restrizioni alla libertà dei trasporti aerei sulle rotte interne.

22. La Commissione non si sarebbe del resto opposta all'attuazione della decisione relativa alla concessione dell'aiuto ed avrebbe, pertanto, accettato il contenuto del bando di gara.

3) *La Repubblica portoghese*

23. Il governo portoghese sostiene che, sotto il profilo giuridico, l'art. 3, n. 2, non sarebbe subordinato all'imposizione di oneri di servizio pubblico ai sensi dell'art. 4. Altri Stati membri, quali ad esempio la Francia, che avrebbero imposto analoghi oneri, avrebbero parimenti fatto applicazione dell'art. 3, n. 2, del regolamento. Dalla genesi del regolamento n. 2408/92 emergerebbe come l'art. 3, n. 2, sia il frutto di un compromesso tra la liberalizzazione dei trasporti aerei e la tutela della peculiare situazione delle compagnie aeree nazionali di ciascuno Stato membro.

24. Inoltre, l'art. 1, n. 4, del regolamento avrebbe escluso la regione autonoma delle Azzorre dalla sfera di applicazione del regolamento stesso fino al 30 giugno 1998. Nel corso delle trattative riguardanti la concessione dell'aiuto, il Portogallo — pur in presenza dell'art. 1, n. 4, del regolamento — avrebbe proposto di assoggettare i collegamenti aerei con le Azzorre alle stesse regole applicabili ai collegamenti con Madeira, al fine di assicurare la trasparenza contabile della TAP e il controllo sui trasferimenti monetari dallo Stato alla TAP. Conseguentemente, a parere del governo portoghese, l'assoggettamento dei collegamenti con le Azzorre alla disciplina dell'art. 4 del regolamento non implicherebbe la rinuncia alla clausola di salvaguardia prevista dall'art. 3, n. 2, del regolamento.

25. Una siffatta rinuncia, inoltre, avrebbe potuto essere effettuata solo su dichiarazione espressa, trattandosi di fondamentali interessi pubblici nazionali. Ma nessuno dei rappresentanti portoghesi partecipanti alle trattative sarebbe stato autorizzato a rinunciare a tali diritti a nome del Portogallo.

26. Inoltre, il Portogallo si richiama al capitolo VIII della decisione relativa alla concessione dell'aiuto, ove viene espressamente stabilito che la gara d'appalto è rivolta a ciascun vettore aereo europeo «che sia autorizzato ad effettuare tali servizi». Il termine «autorizzato» andrebbe interpretato, sempre a parere del governo portoghese, anche in considerazione della restrizione di cui all'art. 3, n. 2.

27. Al pari della TAP, anche il governo portoghese ricorda che la Commissione non si sarebbe opposta alla attuazione della decisione relativa alla concessione di aiuto ed avrebbe quindi accettato il contenuto del bando di gara.

4) *La Commissione*

28. Con riguardo alla prima ed alla seconda questione la Commissione sostiene che l'applicazione degli artt. 4 e 5 del regolamento n. 2408/92 non implicherebbe una previa rinuncia alle misure di protezione previste dall'art. 3, n. 2. Benché tale disposizione comporti una deroga al principio generale, di cui al n. 1, del libero accesso alle rotte all'interno della Comunità, dai 'considerando' del regolamento stesso emergerebbe che i diritti di cabotaggio avrebbero dovuto essere introdotti solo gradualmente. Anche l'art. 5 del regolamento confermerebbe come la liberalizzazione dei trasporti aerei all'interno degli Stati membri avrebbe dovuto avvenire gradualmente.

29. Inoltre, a parere della Commissione, dal disposto dell'art. 4, n. 1, lett. d), risulterebbe che l'accesso a quelle rotte interne, sulle quali sono stati imposti oneri di servizio pubblico, sarebbe ristretto fino al 1° aprile 1997 ai vettori aerei «abilitati ad effettuare tali servizi». Con tale formula verrebbe imposta la condizione di rispettare anche i requisiti di cui all'art. 3, n. 2.

30. La stessa formula impiegata all'art. 4 («qualsiasi vettore aereo comunitario abilitato a effettuare tali servizi»), compare con lo stesso significato anche all'art. 5, n. 3, lett. c), del regolamento (CEE) del Consiglio 24 luglio 1990, n. 2343, sull'accesso dei vettori aerei alle rotte intracomunitarie di servizio aereo di linea e sulla ripartizione della capacità passeggeri fra vettori aerei nei servizi aerei di linea tra Stati membri [10]. Sempre a parere della Commissione, l'art. 4, n. 1, dovrebbe essere inquadrato in tale contesto che riserverebbe l'accesso alle linee assoggettate ad oneri di servizio pubblico ad un unico vettore aereo per un periodo di massimo tre anni. L'art. 4, al contrario, non sarebbe sottoposto ad alcuna rigida restrizione temporale. L'unico obbligo consiste nella revisione periodica degli oneri di servizio pubblico imposti.

31. Secondo la Commissione, nel periodo compreso tra il 1° gennaio 1993 e il 1° aprile 1997, l'esercizio, da parte di uno Stato membro, delle facoltà previste dall'art. 4, produrrebbe effetti pratici anche

10 — GU L 217, pag. 8.

nell'ipotesi in cui tale Stato membro esercitasse i propri diritti ai sensi dell'art. 3, n. 2. In primo luogo, una gara d'appalto ex art. 4, n. 1, lett. d), consentirebbe di realizzare la concorrenza tra i vettori aerei titolari di licenza di esercizio dello Stato membro interessato. In secondo luogo, potrebbero partecipare alla gara tutti i vettori aerei comunitari in possesso dei requisiti di cui all'art. 3, n. 2, del regolamento.

32. Con riguardo alla terza questione, la Commissione ritiene che né dalla struttura complessiva della decisione né dalle circostanze in cui essa è stata adottata sarebbe possibile desumere che l'obbligo, assunto dal Portogallo, di applicare l'art. 4 alle regioni autonome delle Azzorre e di Madeira, debba essere inteso nel senso di precludere l'esercizio della facoltà prevista dall'art. 3, n. 2. La formula «che sia autorizzato ad effettuare tali servizi», che figura sia nel regolamento sia nella decisione relativa alla concessione dell'aiuto, dovrebbe essere interpretata nello stesso senso in entrambi i casi. L'interpretazione corretta sarebbe quella indicata ai punti 3 e 11 del bando di gara pubblica.

33. La decisione relativa alla concessione dell'aiuto assoggetterebbe i collegamenti aerei con le regioni autonome alla disciplina del regolamento n. 2408/92. Secondo la Commissione, tutti i vettori aerei, in particolare la Potugália, titolari di una licenza d'esercizio rilasciata dal Portogallo, avrebbero potuto partecipare alla gara d'appalto per tali linee. I vettori aerei immatricolati in altri Stati membri avrebbero potuto concorrere con la TAP subordinatamente alla condizione di rispondere ai requisiti posti dall'art. 3, n. 2. In tal modo, la concorrenza verrebbe promossa pur nel rispetto dei diritti previsti dall'art. 3, n. 2.

34. Sempre a parere della Commissione, l'assoggettamento alla disciplina del regolamento renderebbe più trasparenti le compensazioni finanziarie versate dal Portogallo per gli oneri di servizio pubblico imposti. In tal modo si eviterebbe, in particolare, che i versamenti non risultino più elevati del passivo accertato su tali linee.

35. La Commissione fa infine presente di non aver mai preteso, in altre sue decisioni relative alla compatibilità col mercato comune, che gli Stati membri rinunciassero anticipatamente alle facoltà di cui all'art. 3, n. 2.

VI — Giudizio

1) *In ordine alla ricevibilità*

36. Le eccezioni sollevate in ordine alla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale non appaiono convincenti.

Le questioni pregiudiziali riguardano l'interpretazione delle disposizioni degli artt. 3 e 4 del regolamento n. 2408/92. Esse sono di portata generale e vanno al di là della singola fattispecie concreta. La domanda è pertanto ricevibile.

2) *La prima questione*

37. La prima questione riguarda il rapporto di fondo tra l'art. 3, n. 2, e l'art. 4 del regolamento n. 2408/92. Si tratta di stabilire in quali limiti l'imposizione di oneri di servizio pubblico per la gestione di determinate rotte aeree nonché l'indizione, ai sensi dell'art. 4, n. 1, di una gara d'appalto pubblica per tali rotte aeree implichino una rinuncia alla facoltà, concessa fino al 1° aprile 1997, di limitare il cabotaggio.

a) Il tenore letterale degli artt. 3 e 4

38. Né il tenore letterale dell'art. 3, n. 2, né quello dell'art. 4, n. 1, prevedono espressamente una siffatta rinuncia. Le due disposizioni non contengono alcun rinvio reciproco.

39. La Commissione ricorda che, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d), il diritto esclusivo, oggetto del bando di gara, dev'essere concesso a qualsiasi vettore aereo comunitario «(...) abilitato a effettuare tali servizi (...)». A parere della Commissione, solo un vettore aereo che soddisfi i requisiti di cui all'art. 3, n. 2, può considerarsi «abilitato». Tale opinione si fonda sul raffronto con il testo della normativa previgente, vale a dire l'art. 5, n. 3, lett. c), del regolamento (CEE) del Consiglio 24 luglio 1990, n. 2343, sull'accesso dei vettori aerei alle rotte intracomunitarie di servizio aereo di linea e sulla ripartizione della capacità passeggeri fra vettori aerei nei servizi aerei di linea tra Stati membri. Tale norma rinviava espressamente all'art. 8 del regolamento medesimo, il quale conteneva una disciplina analoga a quella dell'art. 3, n. 2, del regolamento n. 2408/92.

40. Il confronto tra le citate disposizioni appare solo parzialmente idoneo ad avvalorare la soluzione proposta dalla Commissione. La circostanza che l'art. 4 non contenga nessun rinvio — per lo meno nessun rinvio espresso — all'art. 3 potrebbe anche significare che il regolamento n. 2408/92 debba spingersi più in là del regolamento n. 2343/90 sulla via della liberalizzazione dei trasporti aerei. Come risulta dal terzo fino al settimo 'considerando' del regolamento n. 2408/92, questo regolamento rappresenta un passo ulteriore sulla via della liberalizzazione dei trasporti aerei e si spinge oltre il regolamento n. 2343/90. In questa prospettiva la formulazione dell'art. 4 del regolamento n. 2408/92 potrebbe lasciare intendere che l'applicazione dell'art. 3, n. 2, sia esclusa.

41. Il concetto di abilitazione non deve del resto riferirsi necessariamente alla abilitazione ai sensi dell'art. 3, n. 2. È altrettanto possibile intenderlo nel combinato disposto con la disciplina contenuta nell'art. 2, lett. b), ove il concetto di «vettore aereo

comunitario» è definito quale «(...) un vettore aereo in possesso di una licenza d'esercizio valida rilasciata da uno Stato membro in conformità del regolamento (CEE) n. 2407/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sul rilascio delle licenze ai vettori aerei [11]». «Abilitato» ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d), potrebbe pertanto anche significare «titolare di una licenza d'esercizio valida ai sensi del regolamento n. 2407/92». In tal caso, potrebbero partecipare alla gara d'appalto tutti i vettori aerei della Comunità, senza che ad essi possa essere opposta la restrizione di cui all'art. 3, n. 2. Questa soluzione presenta il vantaggio di tenere in debito conto l'idea fondamentale della liberalizzazione, espressa all'art. 3, n. 1.

42. In via interlocutoria si deve ritenere che la lettera delle due norme lascia spazio per entrambe le interpretazioni. Alla luce del loro tenore letterale non si può affermare che in sede di applicazione dell'art. 4 l'applicazione dell'art. 3, n. 2, fosse esclusa.

b) Il contesto sistematico

43. Occorre pertanto verificare in quali limiti sia possibile fornire una risposta alla questione pregiudiziale sulla base del contesto sistematico.

44. Nel ricostruire il contesto sistematico la Commissione si richiama all'art. 5. Tale disposizione concerne il temporaneo mantenimento di diritti esclusivi di traffico. Tali diritti, sempreché sussistenti al momento dell'entrata in vigore del regolamento, vale a dire al 1° gennaio 1993 (v. art. 16 del regolamento), potevano essere mantenuti sino alla loro scadenza, limitatamente, comunque, ad un periodo di tre anni, vale a dire non oltre il 1° gennaio 1996. Al pari dell'art. 3, n. 2, anche l'art. 5 contempla una deroga temporanea al principio della libera prestazione di servizi in materia di trasporti aerei, introdotto dall'art. 3, n. 1 [12]. A giudizio della Commissione, è «evidente» che l'applicazione dell'art. 5 non precluda l'applicazione dell'art. 3, n. 2. Conseguentemente, anche l'art. 4, n. 1, potrebbe non comportare una rinuncia all'applicazione dell'art. 3, n. 2.

45. L'art. 5 contiene una disciplina simile a quella dell'art. 4, n. 1, lett. d). In entrambi i casi si tratta del riconoscimento di diritti esclusivi e, pertanto, di una deroga al principio della libera prestazione di servizi in materia di trasporti aerei, introdotto dall'art. 3, n. 1. In entrambi i casi viene prevista una durata massima di tre anni.

46. Tuttavia, tra l'art. 5 e l'art. 4 sussistono anche differenze sostanziali. Con riguardo

11 — GU L 240, pag. 1.

12 — Sentenza 26 giugno 2001, causa C-70/99, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-4845, punti 21 e 22). V. anche — benché non ancora in termini così univoci — sentenza 18 gennaio 2001, causa C-361/98, Commissione/Italia (Racc. pag. I-385, punto 32).

al loro contenuto, le due menzionate norme si differenziano in quanto, mentre l'art. 5 consente di mantenere i diritti esclusivi riconosciuti prima della liberalizzazione del 1° gennaio 1993, l'art. 4 riguarda invece la creazione, successivamente a tale data, di nuovi diritti esclusivi. Non è affatto scontato che i vecchi diritti esclusivi vengano trattati allo stesso modo dei nuovi diritti, riconosciuti dopo l'entrata in vigore del regolamento. Una ulteriore differenza emerge dai limiti di validità temporale delle disposizioni in parola. L'art. 3, n. 2, e l'art. 5 avrebbero potuto entrare in collisione solo in limitate ipotesi. Infatti, i diritti esclusivi potevano essere mantenuti fino al 1° gennaio 1996. Quindi, perlomeno fino a tale data, non vi sussistevano comunque diritti di cabotaggio. Conseguentemente, eventuali ipotesi di collisione avrebbero potuto verificarsi, tutt'al più, nel periodo intercorrente dal 1° gennaio 1996 al 1° aprile 1997. Nel caso dell'art. 4, invece, per tutto il periodo di vigenza dell'art. 3, n. 2, vale a dire dal 1° gennaio 1993 fino al 1° aprile 1997, avrebbero potuto verificarsi casi di collisione tra le due norme. In considerazione di tali differenze è quindi lecito chiedersi fino a qual punto sia possibile desumere dall'art. 5 valide indicazioni per l'interpretazione dell'art. 4.

47. Il collegamento sistematico dell'art. 4, n. 1, lett. d), con l'art. 3, n. 1, depone a favore della inapplicabilità dell'art. 3, n. 2. Se pur era possibile, in controtendenza con l'obiettivo della liberalizzazione, costituire nuovi monopoli — per lo meno in via temporanea per un massimo di tre anni —, si sarebbe dovuto almeno consentire a tutti i vettori aerei comunitari di concorrere per l'aggiudicazione di tali diritti esclusivi. Per di più, una siffatta interpretazione può trovare conforto nel rilievo che l'art. 3, n. 2, costituisce una deroga al principio, di cui al n. 1, e in quanto norma derogatoria va interpretato restrittivamente.

48. L'imposizione di oneri di servizio pubblico, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a), avviene prioritariamente senza alcuna compensazione per il vettore aereo. Pertanto, il testo della comunicazione della Commissione relativa agli oneri di servizio pubblico sui servizi aerei regolari all'interno del Portogallo [13], pubblicata nella Gazzetta ufficiale ai sensi della procedura prevista dall'art. 4, n. 1, lett. a), prevedeva espressamente che «i vettori dovranno effettuare il o i collegamenti rispettando gli obblighi imposti e senza chiedere compensazioni prima del 31 ottobre 1995». In tal modo una compensazione veniva espressamente esclusa.

49. Ciò non significa, tuttavia, che non possa essere assolutamente accordata alcuna compensazione per l'adempimento degli oneri di servizio pubblico. Da un lato, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d), possono essere concessi diritti esclusivi. Una siffatta posizione di monopolio garantisce determi-

13 — GU C 200 del 4.8.1995, pag. 3

nati ricavi al vettore aereo che gestisce tali rotte. Inoltre, può anche essere concesso, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. h), un rimborso al vettore aereo selezionato in esito alla gara d'appalto. Tale rimborso copre la differenza tra i costi sostenuti per il mantenimento degli standards imposti e i ricavi ottenuti dalla gestione del servizio aereo [14]. Conformemente a tale previsione, il bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale, sulla base del quale la TAP presentò la propria offerta per le nove linee aeree in questione, prevedeva espressamente, al punto 6, che avrebbe dovuto essere concessa una compensazione finanziaria e che, pertanto, le offerte presentate avrebbero dovuto espressamente indicare la somma richiesta a titolo di compensazione [15].

50. Secondo la comunicazione della Commissione 94/C 350/07, relativa alla «applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE e dell'articolo 61 dell'Accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione» [16], una siffatta compensazione delle perdite costituisce «un'operazione commerciale neutra tra lo Stato in causa e la compagnia aerea». Tale «(...) compenso per oneri di servizio pubblico non comporta aiuti di Stato, a condizione che il vettore sia stato correttamente selezionato tramite una procedura di appalto, sulla base della limitazione dell'accesso alla rotta ad un unico vettore, e il livello massimo del compenso non superi l'importo del disavanzo precisato nel bando di gara (...)» [17].

51. Come risulta dalla decisione della Commissione 6 luglio 1994, 94/666/CE [18], accanto al descritto meccanismo di compensazione in base al regolamento n. 2408/92, è ipotizzabile anche la concessione di un aiuto ad un vettore aereo. Nella menzionata decisione, relativa alla compensazione del passivo maturato dalla TAP sulle rotte verso le regioni autonome delle Azzorre e di Madeira, vale a dire le stesse rotte oggetto delle questioni in esame, la Commissione ha dichiarato che la compensazione per oneri di servizio pubblico, qualora venga erogata ad un'impresa non selezionata mediante una procedura di gara pubblica, deve considerarsi quale aiuto di Stato [19]. Tuttavia, tenuto conto della realizzazione solo parziale della liberalizzazione dei trasporti aerei, la Commissione ha dichiarato compatibile con il Trattato l'aiuto all'epoca concesso, in quanto aiuto regionale. Dunque, benché gli aiuti nel settore dell'aviazione vengano considerati dalla Commissione, in linea di massima, contrari al Trattato, la menzionata decisione dimostra come, in linea di principio, sia ipotizzabile una compensazione anche sotto forma di aiuto.

52. Qualora l'adempimento di oneri di servizio pubblico venga compensato mediante una applicazione dell'art. 4, n. 1, lett. d) e h), sorge la questione se, in tal

14 — V. punto 16 della comunicazione della Commissione 94/C 350/07 relativa alla «applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE e dell'articolo 61 dell'Accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione» (GU C 350 del 10.12.1994, pag. 5).

15 — GU C 203 del 29.8.1995, pag. 16.

16 — GU C 350 del 10.12.1994, pag. 5.

17 — Punto 18 della comunicazione.

18 — Decisione della Commissione 6 luglio 1994, 94/666/CE, relativa alla compensazione del passivo maturato dalla TAP sulle rotte delle regioni autonome delle Azzorre e di Madeira (GU L 260 dell'8.10.1994, pag. 27), punto V, pag. 30.

19 — Decisione 94/666/CE, punto V, pag. 30, citato alla nota 18.

caso, una restrizione della concorrenza, quale prevista dall'art. 3, n. 2, possa essere ancora considerata legittima. Poiché l'art. 3, n. 2, costituendo una disposizione derogatoria rispetto al principio della liberalizzazione, sancito dal n. 1, va interpretato restrittivamente, si potrebbe ritenere esclusa l'applicazione dell'art. 3, n. 2, nell'ambito dell'art. 4, n. 1, lett. d). Tale questione sarà oggetto d'esame nel prossimo capitolo.

53. Conseguentemente, l'analisi del contesto sistematico, in cui sono collocate le disposizioni in esame, induce piuttosto a ritenere esclusa l'applicazione dell'art. 3, n. 2, nell'ambito dell'art. 4, n. 1. Ma nemmeno il contesto sistematico consente di risolvere la questione in modo definitivo.

c) Il significato e la ratio degli artt. 3 e 4

54. Occorre infine verificare se, in considerazione del significato e della ratio delle disposizioni in esame, debba considerarsi esclusa l'applicazione dell'art. 3 nell'ambito dell'art. 4.

55. L'art. 3, n. 1, introduce in modo generalizzato il principio di libera prestazione di servizi in materia di trasporti aerei. Il n. 2 di tale disposizione ritarda l'applicazione di questo principio nel settore del cabotaggio. In tale settore la libera prestazione di servizi non viene ammessa in modo generalizzato a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento al 1° gennaio 1993 (v. art. 16), bensì gli Stati membri hanno la possibilità di limitarla fino al 1° aprile 1997, ma solo in presenza dei presupposti indicati all'art. 3, n. 2. La concorrenza, eventualmente possibile in base alle condizioni del mercato, viene quindi limitata qualora venga fatto valere il diritto previsto dall'art. 3, n. 2.

56. L'art. 4, n. 1, lett. a), disciplina una fattispecie completamente diversa. Tale disposizione riconosce agli Stati membri la facoltà di fissare i requisiti minimi, in presenza dei quali un vettore aereo può richiedere la concessione di diritti di volo. Nell'ambito della concorrenza, resa possibile dall'art. 3, n. 1, si richiede ai vettori aerei — che presentino domanda per la concessione della gestione di una determinata rotta — che la prestazione di servizi aerei da essi offerta soddisfi determinati requisiti relativi alla frequenza, agli orari, alla capacità offerta, alla tariffa richiesta ecc. Per mezzo di tale disciplina viene garantito che su determinate rotte vengano prestati servizi aerei adeguati, quali non verrebbero offerti — per lo meno non in misura sufficiente — se si tenesse conto unicamente delle condizioni di mercato. In considerazione dei diversi scopi perseguiti dall'art. 3 e dall'art. 4, n. 1, lett. a), si potrà pertanto affermare, in linea di principio, che le due discipline si collocano l'una accanto all'altra, senza quindi alcun rapporto né di preclusione né di subordinazio-

ne. Alla luce di quanto appena detto, non sussiste alcuna valida ragione per non consentire, in sede di applicazione dell'art. 4, n. 1, lett. a), l'esercizio della facoltà di limitare la libera prestazione di servizi — facoltà riconosciuta dall'art. 3, n. 2, per un limitato periodo di tempo —. Occorre invece chiedersi fino a qual punto tali considerazioni possano valere anche in relazione alla lett. d), vale a dire per l'ipotesi in cui l'adempimento di oneri di servizio pubblico venga compensato.

57. Come dimostra la fattispecie in esame, vi sono ipotesi in cui la concorrenza viene limitata mediante l'applicazione del combinato disposto dell'art. 3, n. 2, e dell'art. 4, n. 1, lett. d). La Flightline ha presentato richiesta di autorizzazione a gestire, senza il versamento di alcuna compensazione, il servizio di linea su otto delle nove rotte oggetto della gara bandita ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d). Se l'art. 3, n. 2, fosse applicabile nel combinato disposto con l'art. 4, n. 1, avremmo, al posto di un vettore che presenta liberamente un'offerta ma che, come la Flightline, non soddisfa le condizioni dell'art. 3, n. 2, un futuro monopolista. Un tale risultato contrasta col significato e con la ratio del regolamento consistente nel promuovere la liberalizzazione dei trasporti aerei e nel realizzare la concorrenza.

58. Le comunicazioni pubblicate nella Gazzetta ufficiale nel caso in esame dimostrano quanto interessante possa essere la possibilità di limitare la concorrenza anche per lo Stato che bandisca la gara. La pubblicazione degli oneri di servizio pubblico nella Gazzetta ufficiale ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a), non conteneva alcun richiamo all'art. 3, n. 2. Ciò lascia presumere che il governo portoghese non avrebbe insistito ad ogni costo per la sua applicazione qualora le rotte fossero state concesse in base alla disciplina prevista dalla lett. a). Solo in occasione della gara bandita ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d), si fece uso della facoltà di limitare il cabotaggio ai sensi dell'art. 3, n. 2. Questa condotta dimostra come — in relazione a quelle rotte sulle quali vengono imposti oneri di servizio pubblico per assicurare un'offerta adeguata — una restrizione, ottenuta attraverso l'applicazione dell'art. 3, n. 2, della possibilità di partecipare alla gara d'appalto dei diritti di traffico aereo, bandita ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d) e h), risulti ben poco conforme allo spirito del regolamento n. 2408/92.

59. La concessione di un diritto esclusivo va in direzione diametralmente opposta alla ratio del regolamento n. 2408/92, risultante dall'art. 3, n. 1. In luogo della liberalizzazione voluta, viene invece istituito un nuovo monopolio, ancorché solo temporaneo.

60. Occorre tuttavia tener presente che l'art. 3, n. 2, costituisce solo una disposizione transitoria, frutto della consapevole scelta del legislatore di introdurre una

deroga al principio della libera circolazione di servizi in materia di trasporti aerei. Come risulta dal decimo 'considerando' del regolamento, si dovrebbe procedere ad una introduzione progressiva dei diritti di cabotaggio per incentivare lo sviluppo del settore dei trasporti aerei della Comunità e assicurare, in tal modo, un migliore servizio agli utenti.

61. Mediante l'art. 3, n. 2, del regolamento viene operato un compromesso tra la liberalizzazione dei trasporti aerei e la peculiare situazione delle compagnie aeree nazionali nel settore dei diritti di cabotaggio. La particolare esigenza di tale compromesso deriva dal fatto che la concessione di diritti di cabotaggio rappresenta il grado più elevato di apertura del mercato. Questo mercato era fino ad ora di pertinenza esclusiva di ciascuno Stato e delle rispettive compagnie aeree nazionali. Ciò è comprovato dall'art. 7 della Convenzione relativa all'aviazione civile internazionale, sottoscritta a Chicago il 7 dicembre 1944 e ratificata da tutti gli Stati membri della CE. Tale norma riconosce espressamente ad ogni Stato contraente il diritto di negare agli aeromobili di un altro Stato contraente il permesso di imbarcare sul proprio territorio passeggeri, posta o merci per il trasporto, a titolo oneroso, verso un altro punto del proprio territorio.

62. Occorre pertanto muovere dalla considerazione che il legislatore, in materia di cabotaggio, ha volutamente riconosciuto agli Stati membri la possibilità di rinviare la liberalizzazione dal 1° gennaio 1993 sino — e non oltre — al 1° aprile 1997. In assenza di valido motivo, tale volontà del legislatore non dovrebbe essere trascurata. Si dovrebbe piuttosto cercare di tenere il più possibile in debito conto tale deroga nell'applicazione delle altre disposizioni del regolamento. Ciò vale, a maggior ragione, ove si consideri che la liberalizzazione perseguita a livello di diritto comunitario è più ampia di quella prevista dal diritto internazionale pubblico. Questa riflessione costituisce un argomento che depone a favore dell'applicabilità, in linea di massima, dell'art. 3, n. 2, anche nell'ambito delle gare bandite ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d).

63. Tale interpretazione dell'art. 4, n. 1, lett. d), ne restringe la sfera di applicazione nel senso che la concorrenza viene ristretta ai vettori aerei autorizzati nello Stato interessato e a quei vettori, per i quali il traffico sulle rotte oggetto del bando di gara costituisce l'estensione o il servizio preliminare di voli internazionali. Ma, d'altra parte, una siffatta concorrenza limitata rappresenta pur sempre un progresso rispetto ad un mercato non liberalizzato.

64. Alla luce delle suesposte considerazioni va respinta la tesi della Flightline, secondo la quale l'art. 3, n. 2, e l'art. 4 si escluderebbero a vicenda per effetto della loro rispettiva sfera di applicazione. Se, da un lato, è pur vero che la sfera di applicazione dell'art. 3, n. 2, presuppone una pluralità di vettori offerenti, dal momento che la disci-

plina ivi prevista restringe la concorrenza esistente, dall'altro non è tuttavia corretto sostenere che la sfera di applicazione dell'art. 4 riguarderebbe solo quella fattispecie in cui non vi sono vettori che offrano i servizi aerei in questione. L'imposizione di oneri di servizio pubblico può scaturire dalla constatazione che il mercato, di per sé, non vi è adeguata offerta dei relativi servizi aerei; ciò tuttavia non consente ancora di affermare che non sussista alcuna concorrenza. Inoltre, l'art. 4, n. 1, lett. d, prevedendo che la gara d'appalto debba essere periodicamente ripetuta al più tardi ogni tre anni, realizza proprio la concorrenza, quantunque sia applicabile la restrizione prevista dall'art. 3, n. 2, del regolamento. Proprio l'obbligo di ripetere periodicamente la gara d'appalto garantisce la concorrenza e limita l'eventuale compensazione erogata ai sensi della lett. h), alla misura minima del deficit realizzabile sul mercato. Non sussiste alcun motivo giuridico per non seguire la scelta del legislatore che ha consapevolmente optato per una liberalizzazione graduale con possibilità di ritardare l'introduzione dei diritti di cabotaggio in sede di applicazione dell'art. 4, n. 1. Conseguentemente, si deve ritenere che l'applicazione dell'art. 4, n. 1, non implichi necessariamente la rinuncia al diritto riconosciuto dall'art. 3, n. 2.

65. Come risulta, in particolare, anche dal punto 11 del bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale, anche in sede di applicazione della lett. d) viene privilegiata la libera concorrenza rispetto all'impresa monopolista, persino nell'ipotesi in cui quest'ultima benefici di sovvenzioni. Conseguentemente, la selezione è stata effettuata solo in quanto nessun vettore aereo aveva presentato entro il 1° novembre 1995 richiesta di concessione di una o di alcune delle rotte oggetto del bando di gara. Pertanto, soltanto le restanti rotte, per le quali nessun libero concorrente aveva presentato domanda, potevano essere concesse in base alla procedura di cui alla lett. d).

66. Il significato e la ratio delle dette norme non escludono, quindi, l'applicazione dell'art. 3, n. 2, nell'ambito dell'art. 4. In conclusione, dev'essere seguita la scelta del legislatore che ha consapevolmente optato per una liberalizzazione graduale dei trasporti aerei e per una liberalizzazione del cabotaggio solo a decorrere dal 1° aprile 1997, e dev'essere quindi ritenuta ammissibile l'applicazione dell'art. 3, n. 2, nel combinato disposto con l'art. 4.

67. Occorre sottolineare, infine, che tale soluzione non contrasta neanche con il divieto di discriminazioni sancito dall'art. 12 del Trattato CE. Le disposizioni contenute negli artt. 51 e segg. del Trattato CE, relative alla libera prestazione di servizi, costituiscono una disciplina speciale che prevale sul divieto generale di discriminazioni. A norma dell'art. 80, n. 2, del Trattato CE, esse valgono per il settore dei trasporti aerei solo nei limiti in cui il Consiglio stabilisca in tal senso mediante

disposizioni specifiche. Disposizioni specifiche di tal genere sono quelle contenute nel regolamento n. 2408/92. Se ivi si stabilisce, all'art. 3, n. 2, che fino al 1° aprile 1997 erano da ritenersi ammissibili discriminazioni effettuate in base alla nazionalità — nel caso specifico: l'immatricolazione del vettore aereo in un altro Stato membro — allora tali discriminazioni sono conformi al Trattato. All'udienza il rappresentante della Flightline ha espressamente eccepito anche il contrasto del regolamento n. 2408/92, o per lo meno dell'art. 3, n. 2, del medesimo, con l'art. 12 del Trattato CE.

68. Propongo pertanto di risolvere la prima questione nei termini seguenti:

L'esercizio da parte di uno Stato membro del diritto previsto dall'art. 4 del regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408, non presuppone né determina necessariamente la rinuncia alla facoltà per lo Stato membro medesimo, ai sensi dell'art. 3, n. 2, del regolamento stesso, di poter restringere fino al 1° aprile 1997 la concorrenza nei servizi di cabotaggio all'interno del proprio territorio.

3) *La seconda questione*

69. La soluzione della seconda questione discende essenzialmente dall'esito delle considerazioni svolte in ordine alla prima questione. Atteso che l'effettuazione di una gara d'appalto ai sensi dell'art. 4, n. 1, non comporta la rinuncia alla possibilità di restringere l'attribuzione di diritti di cabotaggio ai sensi dell'art. 3, n. 2, non sussiste nemmeno contrasto col diritto comunitario qualora uno Stato membro richieda nel bando di gara che i vettori aerei presentino offerte alle condizioni previste dall'art. 3, n. 2. Lo Stato membro esercita piuttosto in questo caso proprio i diritti riconosciutigli dall'art. 3, n. 2, del regolamento.

70. Sul presupposto che i vettori aerei titolari di una licenza d'esercizio rilasciata da un altro Stato membro sono tenuti a soddisfare i requisiti stabiliti dall'art. 3, n. 2, si pone tuttavia la questione che il bando di gara oggetto del procedimento *a quo* prevedeva la concessione di diritti esclusivi per il periodo dal 1° gennaio 1996 fino al 31 dicembre 1998 (v. punto 8 del bando). Tale arco di tempo supera il termine stabilito all'art. 3, n. 2, ai sensi del quale la restrizione del cabotaggio era ammissibile solo fino al 1° aprile 1997. Occorre pertanto domandarsi se mediante una gara d'appalto, bandita nel 1995 e riguardante prestazioni da eseguire tra il 1° gennaio 1996 e il 31 dicembre 1998, potesse essere prorogata oltre il 1° aprile 1997 la restrizione prevista dall'art. 3, n. 2.

71. La disciplina contenuta nell'art. 3, n. 2, costituisce una deroga al principio, posto

dall'art. 3, n. 1, del libero accesso alle rotte all'interno della Comunità. In quanto normativa derogatoria essa dev'essere interpretata — nel rispetto dei generali canoni ermeneutici — restrittivamente.

72. A parere della Flightline, le restrizioni non avrebbero potuto avere in ogni caso una durata superiore a quella indicata nel regolamento. La TAP e il governo portoghese non si esprimono in merito. La Commissione ricorda semplicemente che possono essere concessi diritti esclusivi al massimo per tre anni.

73. In effetti i diritti esclusivi, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d), possono essere concessi al massimo per soli tre anni. Questo termine coincide con il termine stabilito all'art. 5, il quale *prevede* la conservazione per un periodo di tre anni delle concessioni esclusive esistenti al momento della entrata in vigore del regolamento. Tuttavia detti termini di tre anni, sia quello di cui all'art. 4, sia quello di cui all'art. 5, costituiscono un limite massimo. Non sussiste alcun obbligo di avvalersene per intero. I diritti esclusivi possono essere concessi anche per periodi di durata inferiore nell'ambito dell'applicazione dell'art. 4, n. 1, lett. d), ad esempio, per il periodo intercorrente dal 1° gennaio 1996 fino al 31 marzo 1997. Ciò lascia supporre che i termini di tre anni di cui agli artt. 4 e 5 non possano in nessun caso servire per prorogare il termine stabilito dall'art. 3, n. 2.

74. La disciplina prevista dall'art. 5 è peraltro scaduta il 1° gennaio 1996. Sarebbe in contrasto con la ratio stessa di tale disposizione transitoria desumerne l'argomento secondo cui, mediante la gara d'appalto indetta alla fine del 1995, sarebbe stato possibile concedere nuovi diritti esclusivi per il periodo dal 1° gennaio 1996 fino al 31 dicembre 1998.

75. Per quanto riguarda l'art. 4, n. 1, lett. d), si deve rilevare che la sua sfera di applicazione ratione temporis è illimitata. Tuttavia, da tale disposizione non risulta alcuna indicazione nel senso che essa consenta di impedire o di rinviare l'applicazione di altre disposizioni del regolamento. La *ratio* della liberalizzazione, sancita dall'art. 3, n. 1, si riflette solamente in un'interpretazione di tale disposizione che non proroghi la possibilità di restrizioni al cabotaggio oltre il 1° aprile 1997, anche nell'ipotesi in cui essa venga operata nell'ambito di una gara d'appalto bandita ai sensi dell'art. 4, n.1, lett. d).

76. Propongo pertanto di risolvere la seconda questione nei termini seguenti:

In un bando di gara pubblica, indetto nel 1995 da uno Stato membro ai sensi dell'art. 4 del regolamento per l'accesso alla prestazione di servizi aerei di linea su una determinata rotta conformemente agli oneri di servizio pubblico vigenti sulla rotta medesima, era consentito esigere solo limi-

tatamente al 1° aprile 1997 che i vettori aerei, titolari di licenza di esercizio rilasciata da altro Stato membro, partecipassero alla gara alle condizioni previste dall'art. 3, n. 2, del regolamento stesso. Per il periodo successivo a tale data i detti vettori dovevano e devono essere ammessi senza alcuna restrizione.

4) *La terza questione*

77. Con la terza questione il giudice chiede se la decisione della Commissione 94/698/CEE, relativa alla concessione dell'aiuto, in particolare l'art. 1, lett. e), della medesima, in base al quale il Portogallo ha assunto l'obbligo di applicare l'art. 4 alle regioni autonome delle Azzorre e di Madeira a decorrere dal 1° gennaio 1996, implichi l'esclusione della facoltà del Portogallo di limitare, a norma dell'art. 3, n. 2, il cabotaggio.

78. Mentre il regolamento n. 2408/92 è applicabile alla regione autonoma di Madeira fin dalla sua entrata in vigore, l'art. 1, n. 4, esclude l'applicazione del regolamento stesso alla regione autonoma delle Azzorre fino al 1° luglio 1993 — termine successivamente prorogato fino al 30 giugno 1998 —.

79. Tuttavia, in forza dell'obbligo del Portogallo, di cui all'art. 1, lett. e), della decisione relativa alla concessione dell'aiuto, quantomeno l'art. 4 si applica alla regione autonoma delle Azzorre già dal 1° gennaio 1996. Tale data corrisponde esattamente al termine a decorrere dal quale dovevano essere prestati i servizi oggetto della gara bandita dal Portogallo.

80. Poiché tuttavia — come già osservato in relazione alla prima e alla seconda questione pregiudiziale — l'applicazione dell'art. 4 non esclude la facoltà di uno Stato membro prevista dall'art. 3, n. 2, occorre verificare nel prosieguo se la decisione relativa alla concessione dell'aiuto implichi una rinuncia all'esercizio dei diritti riconosciuti dall'art. 3, n. 2, a decorrere dal 1° gennaio 1996.

81. Il tenore letterale dell'art. 1, lett. e), della decisione relativa alla concessione dell'aiuto non contiene alcun riferimento espresso all'art. 3, n. 2, del regolamento. Occorre pertanto verificare se dalla motivazione della decisione relativa alla concessione di aiuto risulti che l'applicazione di tale disposizione doveva rimanere esclusa.

82. La Flightline sottolinea l'obbligo del Portogallo di rimuovere, a titolo di misura compensatoria per la concessione dell'aiuto per la ristrutturazione, in generale i vincoli protezionistici a favore della TAP. Tale tesi può trovare sostegno nel capitolo VIII, punto 3, della motivazione della decisione

relativa alla concessione dell'aiuto, in cui si afferma che, secondo la Commissione, l'eliminazione dei vincoli protezionistici a favore della TAP costituirebbe una misura compensatoria adeguata per la concessione dell'aiuto.

83. L'esercizio della facoltà di limitare il cabotaggio ai sensi dell'art. 3, n. 2, costituisce in linea di massima, sulla base di quanto precedentemente osservato, una misura restrittiva della concorrenza. Poiché solo la TAP presentò un'offerta per le nove rotte oggetto della gara d'appalto bandita ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. d), l'applicazione dell'art. 3, n. 2, ha avuto l'effetto di una misura protezionistica a favore della TAP. Infatti, la Flightline, non rispondendo ai requisiti di cui all'art. 3, n. 2, non poté partecipare alla gara d'appalto.

84. Ma tra i provvedimenti, elencati a titolo esemplificativo nel capitolo VIII, punto 3, della decisione relativa alla concessione dell'aiuto, che il Portogallo avrebbe dovuto in particolare adottare per l'eliminazione dei vincoli protezionistici, si menziona, al pari di quanto operato nell'art. 1, lett. e), della decisione relativa alla concessione dell'aiuto, solo l'esecuzione di una gara d'appalto ai sensi dell'art. 4. Al contrario, non viene richiamato l'art. 3, n. 2 (v. capitolo VIII, punto 3, secondo trattino, della decisione relativa alla concessione dell'aiuto), né si parla di una rinuncia del Portogallo alla facoltà, riconosciuta da tale norma, di limitare il cabotaggio.

85. Vero è che nella motivazione si ricorda ancora che, in base all'art. 4, n. 1, lett. a), gli oneri di servizio pubblico previsti dal Portogallo per le regioni autonome delle Azzorre e di Madeira sono soggetti a pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. In tale contesto viene precisato che si procede alla concessione mediante appalto pubblico se «nessun vettore aereo europeo dichiara di essere disposto ad adempiere a questi oneri di servizio pubblico». Da tali affermazioni si potrebbe eventualmente desumere la conseguenza che una restrizione ai soli vettori che soddisfino i requisiti di cui all'art. 3, n. 2, non sia ammissibile.

86. Il raffronto della decisione relativa alla concessione dell'aiuto con il corrispondente passo contenuto nel regolamento, all'art. 4, n. 1, lett. d), avvalora tale tesi. Tale norma parla di vettori aerei senza alcuna ulteriore specificazione. L'aver posto l'accento sul carattere «europeo» dei vettori potrebbe pertanto implicare una consapevole estensione della cerchia dei potenziali offerenti.

87. Tuttavia, in senso contrario a tale interpretazione della decisione relativa alla concessione dell'aiuto depone la circostanza che essa determinerebbe un contrasto tra la lett. a) e la lett. d) dell'art. 4, n. 1. Alcuni vettori, mentre potrebbero senz'altro presentare domanda per la concessione di rotte per le quali sono stati imposti oneri di servizio pubblico ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a), non potrebbero invece partecipare ad una eventuale gara d'appalto, bandita ai

sensi della lett. d), qualora non soddisfino i requisiti di cui all'art. 3, n. 2. Infatti, la decisione relativa alla concessione dell'aiuto — che in tale punto coincide di nuovo alla lettera con l'art. 4, n. 1, lett. d), del regolamento — stabilisce anche che, nel caso in cui nessun vettore aereo dichiari di essere disposto ad adempiere gli oneri di servizio pubblico pubblicati ai sensi della lett. a), la gestione delle rotte deve essere attribuita mediante appalto pubblico, ai sensi della lett. d), ancora una volta solo a ciascun vettore aereo europeo «che sia autorizzato ad effettuare tali servizi». Poiché si può ritenere che ad un identico tenore letterale della decisione relativa alla concessione di aiuto e del regolamento deve corrispondere anche un identico significato, da questa formulazione, conformemente a quanto già osservato a proposito della prima questione, non si può desumere una esclusione dell'applicazione dell'art. 3, n. 2, del regolamento.

88. Ad una diversa conclusione non si potrebbe giungere nemmeno sulla base dell'art. 1, lett. f), della decisione relativa alla concessione dell'aiuto, né sulla base del capitolo VIII, punto 3, primo trattino, della relativa motivazione. È pur vero che ivi si afferma che il Portogallo avrebbe confermato che la liberalizzazione dei trasporti aerei non di linea tra tutti gli aeroporti della Comunità e l'arcipelago delle Azzorre riguarderebbe «tutti i servizi» indicati nel regolamento, il che implicherebbe la loro ammissibilità nonostante il fatto che il regolamento non si applichi temporaneamente alle Azzorre. Tuttavia, questo passo non riguarda la sfera di applicazione dell'art. 4 del regolamento, il quale concerne espressamente i trasporti aerei di linea e non già i trasporti aerei non di linea. Inoltre il termine «tutti» in questo contesto si riferisce alla tipologia dei servizi, come si desume dalla menzione dei voli charter con il solo posto a sedere e dei voli charter di sola andata. Deve, pertanto, escludersi che in tale contesto si faccia riferimento alla liberalizzazione dei servizi di cabotaggio.

89. Alla luce di quanto sin qui esposto, dalla motivazione della decisione relativa alla concessione dell'aiuto non può desumersi che essa presupponga la rimozione da parte del Portogallo di tutte le misure protezionistiche a favore della TAP, in particolare la rinuncia al diritto di cui all'art. 3, n. 2, del regolamento n. 2408/92.

90. Contrariamente alla tesi della Flightline, l'applicazione dell'art. 3, n. 2, non può essere esclusa nemmeno sulla base del rilievo che, in tal caso, l'obbligo, risultante dalla decisione relativa alla concessione dell'aiuto, di applicare l'art. 4, risulterebbe privo di senso. Ciò contrasta infatti con il rilievo che il Portogallo, in mancanza della decisione relativa alla concessione di aiuto, avrebbe dovuto applicare l'art. 4 alla regione autonoma delle Azzorre solo successivamente al 30 giugno 1998. Fino a tale momento, in assenza della decisione relativa alla concessione dell'aiuto, non sarebbero stati applicabili alle Azzorre né l'art. 3 né l'art. 4. Sotto questo profilo la decisione relativa alla concessione dell'aiuto pone in essere una normativa il cui contenuto favorisce la concorrenza.

91. In relazione alle Azzorre, l'obbligo di procedere alla gara d'appalto assume un particolare rilievo in quanto, come ricor-

dato dalla Commissione, anche la Potugália avrebbe potuto entrare in concorrenza con la TAP. Potevano inoltre concorrere, come già precedentemente osservato in merito alla prima questione, anche i vettori aerei non registrati in Portogallo, i quali avessero soddisfatto i requisiti posti dall'art. 3, n. 2.

92. L'interpretazione della decisione relativa alla concessione dell'aiuto qui accolta è conforme alla prassi finora seguita dalla Commissione. Nella esposizione dei propri rilievi, la Commissione fa presente di non aver mai preteso dagli Stati membri, anche in altre decisioni relative alla concessione di aiuti, la rinuncia anticipata da parte degli Stati stessi ai propri diritti riconosciuti dall'art. 3, n. 2. Non sussiste alcun motivo per attribuire alla decisione relativa alla concessione dell'aiuto in esame una scelta diversa. Inoltre, la Commissione non ha mai dubitato della legittimità del bando di gara pubblicato nella Gazzetta ufficiale, né del rinvio, ivi operato, all'applicazione dell'art. 3, n. 2.

93. Alla luce di quanto sin qui esposto si deve pertanto ritenere che dall'art. 1, lett. e) e f), della decisione relativa alla concessione di aiuto non risulta che il Portogallo abbia rinunciato ai diritti riconosciutigli dall'art. 3, n. 2.

94. Tuttavia, anche in relazione alla terza questione pregiudiziale si deve di nuovo tenere presente che le restrizioni previste dall'art. 4, n. 1, lett. d), derivanti dall'applicazione dell'art. 3, n. 2, non potevano estendersi oltre il termine stabilito in quest'ultima disposizione, vale a dire oltre il 1° aprile 1997. Ammettendo la possibilità di concedere diritti esclusivi con limitazione del cabotaggio oltre tale termine, sorgerebbe infatti un contrasto con l'art. 3, n. 1. Pertanto, a condizione che i vettori offerenti rispettassero i requisiti dettati dall'art. 3, n. 2, del regolamento, le rotte per la regione autonoma di Madeira potevano formare oggetto della gara d'appalto solo fino al 31 marzo 1997 compreso, e le rotte per la regione autonoma delle Azzorre solo fino al 30 giugno 1998 compreso. Il regolamento n. 2408/92 è entrato in vigore in toto quanto a Madeira il 1° aprile 1997 e quanto alle Azzorre il 1° luglio 1998.

95. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo di risolvere la terza questione nei seguenti termini:

L'art. 1, lett. e) e f), della decisione della Commissione 94/698/CE, subordinando l'approvazione dell'aiuto ivi previsto alla condizione che il Portogallo adempia l'obbligo di applicare l'art. 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92 alle regioni autonome a decorrere dal 1° gennaio 1996, provvedendo alla pubblicazione entro tale data degli oneri di servizio pubblico imposti sulle rotte di cui trattasi, non deve essere interpretato nel senso che il Portogallo fosse escluso dall'esercizio della facoltà di negare il cabotaggio, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 3, n. 2, del regolamento. Tuttavia, il cabotaggio poteva essere limitato per Madeira solo fino al 1° aprile 1997 e per le Azzorre solo fino al 1° luglio 1998.

VII — Conclusione

96. Suggerisco pertanto di rispondere alle questioni pregiudiziali nei termini seguenti:

«1) L'esercizio da parte di uno Stato membro del diritto previsto dall'art. 4, n. 1, lett. d), del regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408, non presuppone né determina necessariamente la rinuncia alla facoltà per lo Stato membro medesimo, ai sensi dell'art. 3, n. 2 del regolamento stesso, di poter restringere fino al 1° aprile 1997 la concorrenza nei servizi di cabotaggio all'interno del suo territorio.

2) In un bando di gara pubblica, indetto nel 1995 da uno Stato membro ai sensi dell'art. 4 del regolamento per l'accesso alla prestazione di servizi aerei di linea su una determinata rotta conformemente agli oneri di servizio pubblico vigenti sulla rotta medesima, era consentito esigere solo limitatamente al 1° aprile 1997 che i vettori aerei, titolari di licenza di esercizio rilasciata da altro Stato membro, partecipassero alla gara alle condizioni previste dall'art. 3, n. 2, del regolamento stesso. Per il periodo successivo a tale data i detti vettori dovevano e devono essere ammessi senza alcuna restrizione.

3) L'art. 1, lett. e) e f), della decisione della Commissione 94/698/CE, subordinando l'approvazione dell'aiuto ivi previsto alla condizione che il Portogallo adempia l'obbligo di applicare l'art. 4 del regolamento (CEE) n. 2408/92 alle regioni autonome a decorrere dal 1° gennaio 1996,

provvedendo alla pubblicazione entro tale data degli oneri di servizio pubblico imposti sulle rotte di cui trattasi, non deve essere interpretato nel senso che il Portogallo fosse escluso dall'esercizio della facoltà di negare il cabotaggio, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 3, n. 2, del regolamento. Tuttavia, il cabotaggio poteva essere limitato per Madeira solo fino al 1° aprile 1997 e per le Azzorre solo fino al 1° luglio 1998».