CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 28 avril 1988 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

A — Les faits

La demande de décision à titre préjudiciel présentée par la Bundesgerichtshof, sur laquelle nous ne nous prononçons qu'aujourd'hui du fait que des travaux législatifs du Conseil ont fait apparaître la nécessité de poursuivre la procédure orale, porte à nouveau sur la question de savoir dans quelle mesure des conventions entravant la concurrence, conclues par des compagnies aériennes, sont encore protégées, en l'état actuel du droit communautaire, contre leur inobservation par des tiers.

Les faits qui sont à l'origine de la procédure au principal pendante devant les juridictions allemandes sont les suivants:

Selon les énonciations de l'ordonnance de renvoi du Bundesgerichtshof, les firmes Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH, défenderesses et demanderesses en révision (ci-après « défenderesses », vendent en République fédérale d'Allemagne des billets d'avion dont les prix sont pour partie inférieurs de plus de 60 % aux prix homologués par les autorités allemandes. A cette fin, elles ont acheté les billets d'avion en dehors de la République fédérale d'Allemagne aux prix qui sont en vigueur dans les pays d'achat respectifs et qui s'appliquent, selon les énonciations du billet d'avion, à un voyage aérien commençant dans le pays en cause et conduisant, en passant par un aéroport allemand, vers un aéroport d'un pays tiers. La logique de ces ventes de billets d'avion réside dans le profit pouvant être tiré de l'écart entre monnaies ainsi que de l'écart tarifaire existant entre la République fédérale d'Allemagne et d'autres pays, par suite de l'évolution divergente des prix de vente de l'IATA (International Air Transport Association) et des taux officiels de change.

Une pareille pratique est considérée en République fédérale d'Allemange comme contraire à l'article 21 de la Luftverkehrsgesetz (loi sur le transport aérien), tel qu'il a été interprété par des arrêtés du ministre fédéral des Transports adressés, en date du 15 avril 1981, à la Deutsche Lufthansa et, en date du 9 février 1982, à toutes les entreprises de transports aériens étrangères. Selon ces arrêtés, les redevances de transport homologuées par le ministre fédéral des Transports en vertu de l'article 21 de la Luftverkehrsgesetz pour les transports commençant en République fédérale d'Allemagne ne sont, dans leur ensemble, homologuées et obligatoires qu'en tant que prix en marks allemands, et sont applicables à tous les transports dont le point de départ initial effectif se situe en République fédérale d'Allemagne. Au cours de la procédure orale, le représentant des défenderesses a exposé à ce sujet que, « en pratique, les autorisations d'exploitation pour les compa-

* Langue originale: l'allemand.

gnies aériennes étrangères ... sont liées aux prix de la Lufthansa ».

Les pratiques commerciales des défenderesses que nous venons d'évoquer n'ont été attaquées, dans le cadre de la présente instance, ni par le ministre fédéral des Transports, ni par la Lufthansa, ni par les compagnies aériennes dont les billets d'avion ont été vendus sous le prix (allemand), mais par la demanderesse, un groupement qui s'est fixé pour objectif de lutter et d'agir en justice contre les infractions à la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi contre la concurrence déloyale) allemande. A sa demande, les juridictions allemandes ont interdit en première et en deuxième instance aux défenderesses, pour l'avenir, « de proposer à la vente ou de vendre des billets d'avion pour des vols réguliers internationaux dont le point de départ effectif se situe en République fédérale d'Allemagne à des prix inférieurs à ceux qui ont été agréés par le ministre fédéral des Transports, même lorsqu'un aéroport situé en dehors de la République fédérale d'Allemagne figure pro forma sur le billet d'avion en tant que point de départ du voyage ».

Ainsi qu'il résulte de la demande de décision préjudicielle du 30 janvier 1986, l'objet du litige au principal porte tant sur la vente de billets d'avion délivrés en République fédérale d'Allemagne pour des vols au départ d'un aéroport intérieur à des prix inférieurs au tarif que sur celle de billets d'avion établis à l'étranger, donnant droit à des vols au départ d'un autre pays et à destination d'un pays tiers, après escale en République fédérale d'Allemagne.

Selon les énonciations faites par le Bundesgerichtshof dans la demande de décision préjudicielle, le recours en révision des défenderesses devrait être rejeté si on faisait exclusivement application du droit allemand. Le Bundesgerichtshof a cependant des doutes sur le point de savoir si le système tarifaire applicable aux vols réguliers est compatible avec le droit communautaire. En effet, selon le Bundesgerichtshof, les tarifs homologués par le ministre fédéral des Transports sont fondés sur des conventions tarifaires entre les entreprises de transports aériens intéressées, intervenues en général dans le cadre multilatéral de l'IATA ou de manière bilatérale. Le Bundesgerichtshof estime que ces conventions ont pour effet d'annihiler — ou peu s'en faut — la concurrence au niveau des prix pratiqués par les compagnies aériennes desservant des lignes régulières, d'où la nécessité de vérifier si les conventions tarifaires intervenues sont compatibles avec l'article 85, paragraphe 1, sous a) et b), du traité CEE, et si le transport de passagers de lignes régulières uniquement sur la base de tarifs convenus de manière bilatérale ou multilatérale doit être considéré comme l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun, visée à l'article 86 du traité CEE. Le Bundesgerichtshof énonce, par ailleurs, qu'il y a lieu de déterminer également si l'homologation, par les autorités des États membres, de tarifs convenus en matière de vols réguliers est compatible avec les articles 5, alinéa 2, et 90, paragraphe 1, du traité CEE, et si l'examen de cette question relève de la compétence exclusive de la Commission, conformément à l'article 90, paragraphe 3, du traité CEE.

C'est pour ces raisons que le Bundesgerichtshof a invité la Cour de justice des Communautés européennes à statuer à titre préjudiciel sur les questions suivantes:

« Des conventions bilatérales ou multilatérales sur les tarifs applicables aux vols réguliers (par exemple, les résolutions de l'IATA) auxquels sont parties une ou plusieurs entreprises de transports aériens dont le siège est situé dans un État membre de la CEE sont-elles nulles de plein droit au sens de l'article 85, paragraphe 2, du traité CEE, pour infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, même si ni les autorités de l'État membre (article 88 du traité CEE), ni la Commission (article 89 du traité CEE) n'ont constaté leur incompatibilité avec les dispositions de l'article 85 du traité CEE?

L'élaboration de tels tarifs, à l'exclusion de tout autre, applicables aux vols réguliers, constitue-t-elle un abus de position dominante sur le marché commun au sens de l'article 86 du traité CEE?

L'homologation de tels tarifs par l'autorité de tutelle d'un État membre est-elle incompatible avec les articles 5, paragraphe 2, et 90, paragraphe 1, du traité CEE et, partant, nulle de plein droit, même lorsque la Commission n'a pas critiqué cet agrément (article 90, paragraphe 3 du traité CEE)? »

Ces questions ont fait l'objet, de la part des défenderesses au principal et de la Commission des Communautés européennes, d'observations écrites ainsi que d'observations orales présentées à l'audience du 6 mai 1987.

Le Conseil ayant arrêté, le 14 décembre 1987, une série d'actes concernant les transports aériens internationaux *à l'intérieur* de la Communauté, les parties ont présenté à nouveau des observations écrites et orales. Nous reviendrons dans le cadre de la discussion sur ces observations ainsi que sur le contenu des documents que la Commission des Communautés européennes a déposés devant la Cour après la première partie de la procédure orale. Pour le reste, nous prions la Cour de bien vouloir se reporter au contenu du rapport d'audience.

B — Discussion

Comme nous l'avons dit, le Conseil a arrêté à la fin de l'année 1987 une série d'actes concernant les transports aériens internationaux à l'intérieur de la Communauté [1]. Il convient donc, pour répondre aux questions déférées à titre préjudiciel par le Bundesgerichtshof, d'analyser la situation juridique des services aériens réguliers à l'intérieur de la Communauté, séparément de celle des services aériens réguliers dans les États tiers.

1. *Sur la première question*

La première question du Bundesgerichtshof vise en substance à savoir si l'article 85 du traité CEE constitue une disposition directement applicable, même en l'absence d'intervention d'une autorité d'un État membre, conformément à l'article 88 du traité CEE,

1 — Règlement n° 3975/87 du Conseil, du 14 décembre 1987, déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens; règlement n° 3976/87 du Conseil, du 14 décembre 1987, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens; directive du Conseil du 14 décembre 1987, sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres (87/601/CEE); décision du Conseil du 14 décembre 1987, concernant la répartition de la capacité en sièges entre les transporteurs aériens sur les services aériens réguliers entre États membres et l'accès des transporteurs aériens aux liaisons des services aériens réguliers entre États membres (87/602/CEE); JO 1987, L 374, p. 1 et suiv.

et de la Commission, conformément à l'article 89, paragraphe 2, du traité CEE.

a) Sur les transports aériens intracommunautaires

Déjà dans son arrêt du 6 avril 1962 dans l'affaire 13/61 [2], la Cour a reconnu, sur le plan des principes, l'applicabilité de l'article 85 du traité CEE, dès l'entrée en vigueur du traité. Par son arrêt du 30 janvier 1974 dans l'affaire 127/73 [3], la Cour a ensuite constaté expressément que la compétence des juridictions nationales pour appliquer les dispositions du droit communautaire dérivait de l'effet direct de celles-ci et que, les interdictions des articles 85, paragraphe 1, et 86 du traité CEE se prêtant, par leur nature même, à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces articles engendraient directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales devaient sauvegarder.

Les réserves ayant amené la Cour, dans l'arrêt précité du 6 avril 1962 dans l'affaire 13/61 et, plus tard, dans l'arrêt du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84 [4], à limiter l'effet utile de la constatation qu'elle a faite concernant l'applicabilité directe de l'article 85 du traité CEE sont désormais privées de leur fondement à la suite de l'adoption des actes du 14 décembre 1987. L'article 5 du règlement n° 3975/87 détermine, en effet, depuis lors l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE; en outre, la Commission est habilitée, par l'article 2 du règlement n° 3976/87, à exempter certaines catégories d'accords et de pratiques concertées dans les transports aériens de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE. L'article 85 du traité CEE est dès lors applicable depuis le 1er janvier 1988, dans son intégralité, aux transports aériens intracommunautaires *internationaux*. Cela signifie que les accords et décisions visés à l'article 85, paragraphe 1, sont nuls de plein droit en application de l'article 85, paragraphe 2 du traité CEE s'ils n'ont pas fait l'objet d'une exemption en application des règlements nos 3975/87 et 3976/87.

Le fait que le règlement n° 3975/87 ne contient pas de dispositions transitoires applicables aux anciennes ententes, comme cela avait été encore le cas de l'article 5 du règlement n° 17, ne fait pas obstacle à cette solution. Puisque la Cour avait déjà décidé, dans son arrêt du 4 avril 1974 dans l'affaire 167/73 [5], que si les transports aériens sont, tant que le Conseil n'en a pas décidé autrement, soustraits aux règles relatives à la politique commune des transports, ils restent bel et bien soumis aux règles générales du traité, il était établi depuis longtemps que les règles de concurrence du traité s'appliquaient également aux transports aériens. Cette applicabilité n'a du reste pas pu demeurer inconnue des entreprises communautaires de transports aériens, puisque la Commission des Communautés européennes avait ouvert une enquête en vertu de l'article 89 du traité CEE, en vue de vérifier la compatibilité des pratiques de ces entreprises avec le traité CEE. En outre, la procédure législative visant à l'adoption, pour le secteur des transports aériens, des dispositions d'application prévues par l'article 87

2 — Arrêt de la Cour du 6 avril 1962 dans l'affaire 13/61, Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH e. a., Rec. 1962, p. 89.

3 — Arrêt de la Cour du 30 janvier 1974 dans l'affaire 127/73, BRT/Sabam, Rec. 1974, p. 51.

4 — Arrêt de la Cour du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84, Ministère public/Lukas Asjes e.a., Rec. 1986, p. 1457.

5 — Arrêt de la Cour du 4 avril 1974 dans l'affaire 167/73, Commission/République française, Rec. 1974, p. 359.

du traité CEE avait été engagée dès l'année 1981[6], de sorte que les entreprises intéressées devaient s'attendre à une réglementation en ce sens.

L'effet direct de l'article 85 du traité CEE n'est pas non plus suspendu par le règlement n° 3976/87 du Conseil, concernant des exemptions catégorielles. La Commission peut, il est vrai, conformément à l'article 2, paragraphe 2, exempter certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 3; cela vaut également pour des consultations en matière tarifaire[7]. Au cours de la procédure orale, elle a exposé qu'elle avait l'intention d'agir en ce sens.

Malgré l'effet rétroactif dont l'article 4 du règlement assortit une exemption de ce type, on ne peut encore émettre aujourd'hui aucune hypothèse sur le contenu qu'elle aura ni même sur le point de savoir si elle interviendra. La Commission n'est en tout cas pas tenue de l'accorder. Si elle devait cependant être accordée, elle devrait être respectée.

La question de savoir quel serait l'effet d'une demande d'exemption qui pourrait être présentée au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE sur l'interdiction du paragraphe 1, après le dépôt de la demande, mais avant qu'elle n'ait fait l'objet d'une décision, peut être laissée en suspens, car, selon les indications de la Commission, de pareilles demandes n'ont pas encore été déposées, et ce jusqu'à l'audience du 17 mars 1988.

Il y a donc lieu de constater que l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, s'applique au secteur visé par le règlement n° 3975/87, c'est-à-dire aux transports aériens internationaux entre aéroports de la Communauté.

b) Services aériens réguliers dans les États tiers

Cette interdiction ne se limite d'ailleurs pas aux seuls vols internationaux *à l'intérieur* de la Communauté; elle trouve également à s'appliquer aux tarifs convenus *pour la partie intracommunautaire internationale des vols réguliers en provenance ou à destination des États tiers,* lorsque ceux-ci comportent, en raison de l'escale sur des aéroports situés à l'intérieur de la Communauté, des sections tarifaires intracommunautaires. Son application n'est notamment pas exclue par le règlement n° 3975/87, puisqu'il résulte de la genèse de ce règlement, comme la Commission l'a exposé de manière convaincante, que celui-ci ne détermine pas de façon exhaustive le champ d'application des articles 85 et suivants du traité CEE dans le secteur des transports aériens.

Comme nous l'avons exposé dans nos conclusions du 24 septembre 1985 dans les affaires jointes 209 à 213/84[8], le droit communautaire de la concurrence peut être

6 — Voir la proposition de la Commission du 10 novembre 1981, JO 1981, C 291, p. 4.

7 — Voir article 2, paragraphe 2, troisième tiret du règlement n° 3976/87.

8 — Notamment à la partie B, points 5 et 6, Rec. 1986, p. 1451 et suiv.

appliqué également à des situations comportant des relations avec des pays tiers, lorsque les accords ou pratiques concertées en cause peuvent avoir des effets à l'intérieur de la Communauté.

Les échanges entre États membres peuvent, en effet, être affectés de la sorte non seulement par des comportements ayant une incidence en matière de concurrence qui relèvent des transports aériens intracommunautaires, mais également par des pratiques qui se rapportent aux transports aériens entre les États membres et des pays tiers. C'est ainsi, par exemple, que les conventions tarifaires qui concernent le trafic entre un aéroport déterminé dans un pays tiers et des aéroports à l'intérieur de la Communauté peuvent éventuellement entraîner des détournements de trafic à l'intérieur de la Communauté[9]. C'est toutefois aux juridictions des États membres qu'il appartient de rechercher et, le cas échéant, de constater de pareilles répercussions.

En matière de services aériens réguliers avec des États tiers, la jurisprudence de la Cour, telle qu'elle ressort de l'arrêt du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84, a ceci de particulier que, selon la Cour, l'article 85 du traité CEE ne peut être appliqué que s'il a été constaté soit par une autorité nationale en application de l'article 88 du traité CEE, soit par la Commission en application de l'article 89, paragraphe 2, du traité CEE que les tarifs en cause sont le résultat d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont contraires à l'article 85 du traité CEE.

9 — On peut citer à titre d'exemples théoriques des conventions concernant les tarifs sur les lignes Londres-New York et Bruxelles-New York, ou bien Copenhague-Zurich et Copenhague-Bâle/Mulhouse (un aéroport de la Communauté).

2. *Sur la deuxième question (exploitation abusive d'une position dominante)*

Sur la *deuxième question* déférée par le Bundesgerichtshof, il y a lieu tout d'abord d'observer que la Cour n'a pas le pouvoir, dans la procédure au titre de l'article 177 du traité CEE, d'examiner la situation concrètement en cause, décrite par la juridiction de renvoi, au regard du droit communautaire. La Cour doit se borner à fournir à la juridiction de renvoi les critères lui permettant de statuer de manière autonome sur le litige concrètement en cause. Au demeurant, la Cour ne serait pas en mesure, en l'espèce, de rendre une décision définitive, car une grande partie des faits qu'implique la mise en jeu de l'article 86 du traité CEE ne lui a pas été communiquée.

a) Sur les services aériens réguliers intracommunautaires

Puisque le règlement n° 3975/87 détermine, aux termes de son article 1er, également les modalités d'application de l'article 86 du traité CEE aux services de transports aériens internationaux entre aéroports de la Communauté, la transposition logique de ce qui a été exposé plus haut en ce qui concerne l'article 85 du traité CEE nous conduit à constater que l'article 86 du traité CEE doit être appliqué par les juridictions nationales à titre de disposition ayant un effet direct.

En ce qui concerne les modalités d'application de l'article 86 du traité CEE, observons ce qui suit: c'est aux juridictions allemandes qu'il appartient de déterminer s'il est exact que les autorisations d'exploitation pour les compagnies étrangères sont liées aux tarifs

de la Lufthansa, de sorte que ce serait effectivement la seule Lufthansa qui déciderait (sous le contrôle du ministre fédéral des Transports) des prix à appliquer à destination et au départ des aéroports de la République fédérale d'Allemagne.

Toutefois, même pour le cas où la compagnie étrangère aurait son mot à dire, le libellé de l'article 86 du traité CEE suffit à montrer qu'une position dominante sur le marché peut être également occupée conjointement par plusieurs entreprises. C'est ainsi, par exemple, que les membres d'une entente ou les participants à des accords contraires au droit communautaire au sens de l'article 85 du traité CEE peuvent occuper une position dominante conjointe [10]. En tout état de cause, l'applicabilité de l'article 85 du traité CEE n'exclut pas celle de l'article 86 du traité CEE.

La délimitation du marché en cause du point de vue matériel comporte des questions d'appréciation relativement plus complexes. Aux fins de cet examen, les possibilités de concurrence doivent, selon la jurisprudence de la Cour, être appréciées dans le cadre du marché regroupant l'ensemble des produits qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits. La détermination du marché en cause sert à évaluer si les entreprises concernées ont la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs [11].

En ce qui concerne ces critères, il semble qu'il faille approuver la thèse de la Commission selon laquelle le marché des prestations de transport dans le secteur des vols réguliers doit être considéré comme le marché en cause du point de vue matériel, et selon laquelle la majorité des demandeurs de ces prestations sont les passagers « réguliers » et, en particulier, les hommes d'affaires, les fonctionnaires et les hommes politiques, qui ont fréquemment besoin d'être transportés vers certaines destinations à certaines heures de la journée, et pour lesquels ni les vols à la demande (vols charter), ni d'autres moyens de transport ne sont une alternative, notamment sur les longues distances. Les offres de transport dans le secteur des vols réguliers ne se trouvent donc guère en concurrence avec les offres d'autres moyens de transport.

Le marché en cause du point de vue géographique nous est en l'espèce indiqué par la disposition de l'article 21 de la Luftverkehrsgesetz: il s'agit du marché des prestations de transport dans le secteur des vols réguliers au départ d'un aéroport situé dans la République fédérale d'Allemagne et à destination d'autres États membres ou d'États tiers [12].

La juridiction nationale devra vérifier ensuite si ces trajets aériens pris ensemble portent sur une partie substantielle du marché commun. La Commission a proposé, à cet égard, d'opérer cette vérification en recourant à des critères quantitatifs tels que la superficie, la population et l'importance économique des États qui sont reliés par les lignes aériennes en question, ainsi que le nombre de passagers à l'arrivée et au départ

10 — Voir arrêt du 16 décembre 1975 dans les affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Coöperative Vereniging « Suiker Unie » UA e.a./Commission, Rec. 1975, p. 1663, 1993-1994 et 1996-1997.

11 — Voir arrêt du 9 novembre 1983 dans l'affaire 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Commission, Rec. 1983, p. 3461, 3504 et suiv.

12 — Les transports aériens intérieurs ne relèvent pas du champ d'application de la directive du 14 décembre 1987.

par rapport au chiffre total des passagers de la Communauté pour les vols réguliers.

Dès lors que, selon la jurisprudence de la Cour, les États de la Communauté d'importance moyenne peuvent déjà être considérés comme une partie substantielle de celle-ci [13], les services aériens réguliers au départ de la République fédérale d'Allemagne devraient être également considérés comme constituant une partie substantielle du marché des transports aériens réguliers de la Communauté.

Il y a lieu de faire observer, au demeurant, que la situation décrite en République fédérale d'Allemagne n'existe pas de façon isolée, mais que des pratiques comparables peuvent être constatées dans d'autres États membres de la Communauté. On le sait pour la France depuis les affaires jointes 209 à 213/84; il résulte, en outre, des documents déposés devant la Cour par la Commission que des conventions tarifaires de ce type sont également pratiquées au moins en Belgique, au Danemark, en Grèce, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

Jusqu'à maintenant, des droits de trafic n'étaient en général accordés, sur les trajets aériens internationaux en question, qu'à deux compagnies aériennes dans chaque cas, c'est-à-dire à une compagnie de chacun des États concernés; cela assure à ces entreprises la domination collective du marché en cause. Les compagnies aériennes apparaissant ainsi aux yeux de l'usager, dans une large mesure, comme formant une unité, il semble qu'il faille admettre l'existence d'une position dominante.

Comme les entreprises participantes, par leurs conventions tarifaires, éliminent pour l'essentiel — mise à part, peut-être, une certaine concurrence sur les prestations de service —, au détriment des consommateurs, non seulement la concurrence des prix et conditions en tant que telle, mais également, eu égard aux restrictions d'accès aux différentes routes aériennes, la concurrence encore possible entre les participants, cette situation suffit à caractériser une exploitation abusive de leur position dominante sur le marché. Cette conclusion trouve un appui dans la jurisprudence de la Cour, qui, dans son arrêt du 21 février 1973 dans l'affaire 6/72 [14], a considéré comme caractérisant suffisamment un abus une entrave substantielle de la concurrence sur le marché en cause par une entreprise agissant seule ou par plusieurs entreprises agissant de concert en vue de dominer le marché, quels que soient la forme et les moyens utilisés à cet effet.

Si on devait partir de ce principe, il ne serait pas nécessaire d'apporter la preuve de l'existence de l'une des situations types de l'article 86 du traité CEE, notamment de l'existence des faits visés par l'article 86, alinéa 2, sous a), du traité CEE, à savoir le fait d'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables. Mais si on comparait, en outre, les tarifs aériens intracommunautaires aux tarifs aériens pratiqués sur l'Atlantique Nord et ne reposant pas sur des conventions tarifaires, cette comparaison des prix ferait également

13 — Voir les arrêts du 27 mars 1974 dans l'affaire 127/73, Belgische Radio en Televisie e.a./SV/Sabam e.a., Rec. 1974, p. 313, et du 9 novembre 1983 dans l'affaire 322/81, précité.

14 — Voir arrêt du 21 février 1973 dans l'affaire 6/72, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc./Commission, Rec. 1973, p. 215, 245 et suiv.

ressortir l'existence de l'abus d'une position dominante.

Le fait que l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, qu'il y a lieu de constater, est également susceptible d'affecter le commerce entre États membres, ne devrait guère faire de doute. Dans la mesure où les tarifs concertés sont appliqués à des lignes aériennes reliant entre eux deux ou plusieurs États membres, les échanges intracommunautaires de prestations de services, qui sont également englobés par l'article 86 du traité CEE [15], s'en trouvent directement affectés.

b) Sur les services aériens réguliers en provenance et à destination des États tiers

Il se pose maintenant la question de savoir si, pour les services aériens réguliers en provenance et à destination des États tiers, on peut appliquer les mêmes principes que pour les services aériens réguliers internationaux entre aéroports de la Communauté.

La Commission des Communautés européennes a soutenu, à cet égard, le point de vue selon lequel les principes élaborés dans les affaires jointes 209 à 213/84 au sujet de l'article 85 du traité CEE doivent être appliqués aux services aériens réguliers *avec les États tiers* également dans le cadre de l'article 86 du traité CEE, avec, pour conséquence, que l'article 86 du traité CEE ne peut pas avoir d'effet juridique direct tant que les autorités nationales n'ont pas agi conformément à l'article 88 ou que la Commission n'a pas agi conformément à l'article 89, paragraphe 2, du traité CEE.

Compte tenu des différences de structure qui existent entre l'article 85 et l'article 86 du traité CEE, cette opinion ne nous paraît pas convaincante.

Tout d'abord, il y a lieu d'observer que l'article 86 du traité CEE, comme la Cour l'a constaté dans son arrêt du 30 avril 1974 dans l'affaire 155/73 [16], est directement applicable. Cette application est la conséquence directe de la réalisation de l'acte visé par l'interdiction, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet. En outre, contrairement à ce qui résulte du régime de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, une exemption de l'interdiction de l'abus d'une position dominante sur le marché n'est pas prévue dans le traité CEE [17] et n'est d'ailleurs pas concevable: l'abus n'est pas susceptible d'autorisation, du moins pas dans une communauté qui reconnaît la suprématie du droit comme principe supérieur. Même un règlement du Conseil qui déclarerait certaines pratiques compatibles avec l'article 86 du traité CEE devrait faire l'objet d'un examen au regard de cet article. Le raisonnement concernant l'applicabilité seulement partielle de l'article 85 du traité CEE, que la Cour a élaboré dans son arrêt du 6 avril 1962 dans l'affaire 13/61 et qu'elle a repris dans son arrêt du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84, ne peut dès lors être appliqué à l'article 86 du traité CEE, dont la structure est différente.

15 — Voir arrêt de la Cour du 14 juillet 1981 dans l'affaire 172/80, Gerhard Züchner/Bayerische Vereinsbank AG, Rec. 1981, p. 2021, 2032.

16 — Voir arrêt du 30 avril 1974 dans l'affaire 155/73, Giuseppe Sacchi, Rec. 1974, p. 409, 431.

17 — Arrêt de la Cour du 21 février 1973 dans l'affaire 6/72, précité, p. 246 et suiv.

La prise en compte du principe de sécurité juridique n'aboutit pas non plus à un résultat différent. Comme il n'existe pas de possibilité d'exemption de l'interdiction de l'article 86 du traité CEE, il n'est besoin, en dehors d'une réglementation de l'application de mesures de contrainte, qui ne fait cependant pas l'objet du présent litige, que de réglementer la procédure de délivrance d'une attestation négative. Pour les transports aériens *intracommunautaires*, la délivrance de l'attestation négative est réglementée à l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 3975/87 dans les termes suivants:

« La Commission peut attester, à la demande des entreprises ou associations d'entreprises concernées, qu'il n'y a pas lieu pour elle, au vu des éléments dont elle dispose, d'intervenir au sujet d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée sur la base de l'article 85 paragraphe 1, ou de l'article 86 du traité. »

Pour les transports aériens *extracommunautaires*, il y a lieu d'appliquer les articles 89 et 155 du traité CEE. Selon ces dispositions, la Commission peut formuler un avis, si elle l'estime nécessaire, sur le point de savoir si une structure tarifaire déterminée enfreint l'article 86.

Contrairement à la déclaration d'exemption émise en application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, ni l'attestation délivrée en application de l'article 3 du règlement n° 3975/87, ni l'avis formulé en application des articles 155 et 89 du traité CEE ne peuvent lier les tribunaux. Une réglementation en la matière pour les transports aériens extracommunautaires ne pourrait guère non plus modifier ce résultat. En conséquence, le fait qu'il n'en existe pas ne saurait faire obstacle à l'application de l'article 86 du traité CEE.

Une demande de délivrance d'une attestation négative et la délivrance d'une pareille attestation par la Commission sont cependant concevables même sans dispositions particulières, de sorte qu'une application intégrale de l'article 86 du traité CEE n'est pas subordonnée à une réglementation de cette question en droit positif.

La pratique suivie jusqu'à maintenant fait également application, de manière constante, d'un autre volet des règles de concurrence du traité CEE sans que les règlements d'application correspondants aient été pris. Il s'agit de la réglementation des aides étatiques des articles 92 et suivants du traité CEE. Bien que le Conseil n'ait pas pris les règlements utiles, visés à l'article 94 du traité CEE, en vue de l'application des articles 92 et 93 du traité CEE, ceux-ci sont appliqués par les institutions communautaires, et ce non pas simplement dans les rapports entre les institutions communautaires et les États membres, mais également dans les rapports avec les tiers bénéficiaires des aides ou même leurs cocontractants, comme le montrent, par exemple, les arrêts du 10 juillet 1986 dans les affaires 234/84 et 40/85 [18], justement en ce qui concerne le retrait de participations dans des entreprises, intervenues en violation du droit communautaire. Cette démarche trouve sa justification dans le fait que, dans une Communauté dont l'activité comporte « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun » [19], des aides étatiques qui faussent

18 — Voir arrêt du 10 juillet 1986 dans l'affaire 234/84, Royaume de Belgique/Commission, Rec. 1986, p. 2263; arrêt du 10 juillet 1986 dans l'affaire 40/85, Royaume de Belgique/Commission, Rec. 1986, p. 2321.

19 — Article 3, sous f), du traité CEE.

la concurrence ne peuvent, en tout cas trente ans après sa création, être tolérées.

Le même raisonnement s'applique également à l'abus d'une position dominante sur le marché. Il n'est pas susceptible d'autorisation. Le régime de la délivrance d'attestations négatives peut apparaître comme un avantage pour les milieux intéressés, mais son absence ne saurait empêcher l'application d'une disposition qui fait partie des fondements du marché commun.

L'arrêt du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84 ne contredit pas cette thèse, puisqu'il ne concerne — comme nous l'avons vu — que la situation, différente, de l'article 85 du traité CEE. Une application extensive est donc exclue.

Nous sommes en tout cas d'avis, en ce qui concerne l'article 86 du traité CEE, qu'il peut être appliqué, même si la Communauté n'a pas fait usage des pouvoirs qu'elle tient de l'article 87 du traité CEE, même si les États membres n'ont pas fait usage de ceux qu'ils tiennent de l'article 88, et même si la Commission n'a pas fait usage de ceux qu'elle tient de l'article 89 du traité CEE.

3. *Sur la troisième question*

La *troisième* question du Bundesgerichtshof vise en substance à savoir, ainsi qu'il ressort des motifs de sa demande de décision à titre préjudiciel, si l'homologation, par les autorités des États membres, de tarifs convenus en matière de vols réguliers est conforme aux dispositions combinées de l'article 5, alinéa 2, et de l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE, et quelles sont, le cas échéant, les conséquences juridiques à tirer d'une réponse négative à cette question. Il y a lieu, par ailleurs, de rechercher si les homologations de tarifs délivrées en matière de vols réguliers et contraires au droit communautaire relèvent exclusivement des pouvoirs de contrôle de la Commission, ou si les juridictions nationales sont également compétentes à cet effet, en supposant que la Commission n'ait émis aucune critique à l'égard de telles homologations. En d'autres termes, il y a donc lieu de rechercher si l'article 90 a créé à l'égard de l'homologation étatique un régime particulier dérogeant au régime de droit commun des articles 85 et 86 du traité CEE.

En ce qui concerne la première branche de cette question, il y a lieu de se reporter à la jurisprudence de la Cour, entre-temps fixée, selon laquelle les États membres sont tenus de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises [20]. Cela vaut également à l'égard des entreprises publiques — il appartient aux juridictions des États membres de déterminer s'il s'agit en l'espèce de pareilles entreprises —, puisque l'article 90 du traité CEE ne constitue qu'une application particulière de certains principes généraux qui s'imposent aux États membres, et qu'il est donc de nature déclarative [21].

Pour la période et pour le secteur pour lesquels, en matière de transports aériens, il n'a pas été arrêté de mesure d'application conformément à l'article 87 du traité CEE,

20 — Voir les arrêts du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84, précités, ainsi que du 1er octobre 1987 dans l'affaire 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/Sociale Dienst van de plaatselijke en gewestelijke Overheidsdiensten, Rec. 1987, p. 3801.

21 — Voir arrêt du 16 novembre 1977 dans l'affaire 13/77, GB-Inno-BM/Vereniging van der Kleinhandelaars in Tabak, Rec. 1977, p. 2115, 2146.

on ne se trouve en présence, selon l'arrêt du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84, d'un manquement de l'État membre aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 3, sous f), 85 et 90, paragraphe 1, du traité CEE que si l'incompatibilité des conventions en cause avec l'article 85 a déjà été formellement constatée soit par les autorités de l'État membre conformément à l'article 88 soit par la Commission conformément à l'article 89. Cela vaut, puisqu'il n'existe pas à ce jour de pareilles constatations, pour l'ensemble des homologations accordées avant le 1er janvier 1988 et pour les homologations accordées après cette date pour les tarifs aériens réguliers avec les États tiers.

En ce qui concerne les homologations de tarifs qui sont accordées depuis le 1er janvier 1988 pour les transports aériens internationaux entre aéroports de la Communauté, ce sont désormais les actes du Conseil du 14 décembre 1987, notamment les dispositions de la directive 87/601 sur les tarifs des services aériens réguliers entre États membres, qui doivent être observés. Les tarifs aériens réguliers sont maintenant soumis, conformément à l'article 4 de la directive, à l'approbation des autorités aéronautiques des États concernés. Conformément à l'article 2, sous a), on entend par tarifs aériens réguliers les prix à payer dans la monnaie nationale pour le transport. Les tarifs aériens réguliers devant être ainsi, en règle générale, homologués, dans chaque cas, dans deux monnaies différentes, les États membres n'auront plus la possibilité, à l'avenir, de n'autoriser des tarifs aériens réguliers obligatoires que dans leur propre monnaie.

La Commission a proposé d'étendre le résultat auquel on est parvenu en ce qui concerne les articles 5, 3, sous f), 40 et 85 du traité CEE à un manquement d'un État membre aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées de l'article 5 et des articles 3, sous f), 90, paragraphe 1, et 86 du traité CEE. Compte tenu du résultat auquel nous sommes parvenu dans la seconde partie de la réponse à la deuxième question, nous ne pouvons cependant approuver cette extension. A nos yeux, un État membre manque donc à ses obligations susmentionnées dès l'instant où les faits visés par l'article 86 du traité CEE sont réalisés de la part des entreprises concernées et où l'État membre accorde néanmoins l'homologation; une constatation formelle de l'infraction à l'article 86 du traité CEE n'est à notre avis pas nécessaire.

Cette conclusion nous amène déjà à la réponse à la seconde branche de la troisième question du Bundesgerichtshof. Dès l'instant où il est constant qu'une disposition nationale est contraire à l'article 5, alinéa 2, du traité CEE, celle-ci ne peut plus être appliquée par les juridictions nationales. Cela doit valoir de la même façon pour tous les actes nationaux qui sont fondés sur une pareille disposition nationale.

Il ne nous semble pas exister en l'espèce de nécessité d'appliquer l'article 90, paragraphe 3, du traité CEE, puisque, en vertu de l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE, les règles générales de concurrence sont applicables et que, selon la jurisprudence de la Cour entre-temps fixée, l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE n'est pas susceptible d'applicabilité directe[22]. L'article 90, paragraphe 3, du traité CEE confère seulement à

22 — Voir les arrêts du 14 juillet 1971 dans l'affaire 10/71, Ministère public luxembourgeois/M. Müller, veuve J. P. Hein e.a., Rec. 1971, p. 723, 730, ainsi que du 10 mars 1983 dans l'affaire 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage e.a./Groupement d'intérêt économique « Inter-Huiles« e.a., Rec. 1983, p. 555, 567.

la Commission des pouvoirs supplémentaires; il n'exclut cependant pas l'applicabilité des règles générales du traité.

4. *Sur l'application dans le temps d'une décision d'interdiction*

Les défenderesses au principal ainsi que la Commission ont demandé à la Cour de préciser dans son arrêt qu'une éventuelle décision d'interdiction pourrait devenir sans objet si le droit communautaire devait être modifié dans l'avenir. Le fait que ces préoccupations sont parfaitement justifiées ressort des réflexions auxquelles nous nous sommes livré plus haut, et selon lesquelles le règlement n° 3975/87 ne constitue sans doute pas une réglementation exhaustive, ainsi que de l'article 8 du règlement n° 3976/87, de l'article 12 de la directive 87/601 et de l'article 14 de la décision 87/602, selon lesquels le Conseil statue *au plus tard le 30 juin 1990* sur la révision de ces actes. En outre, la Commission et les autorités des États membres peuvent agir, en application des articles 85, 86, 88 et 89 du traité CEE, en matière de transports avec les pays tiers et créer ainsi les conditions d'application des articles 85 et 86 du traité CEE par les juridictions des États membres. Ce nouveau droit communautaire pourrait ne pas être semblable à l'état du droit qui est à la base du jugement d'interdiction et aurait priorité sur celui-ci. Il appartient aux juridictions allemandes de tenir compte de cette donnée.

C — Conclusion

A la lumière de tout ce qui précède, nous proposons à la Cour de répondre ainsi qu'il suit aux questions qui lui ont été déférées par le Bundesgerichtshof:

« 1) Les conventions bilatérales et multilatérales sur les tarifs aériens réguliers auxquelles sont parties une ou plusieurs entreprises de transports aériens dont le siège est situé dans un État membre de la CEE sont, en l'état actuel du droit communautaire, nulles de plein droit au sens de l'article 85, paragraphe 2, du traité CEE, pour infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE:

— lorsqu'elles se rapportent aux transports aériens internationaux entre aéroports de la Communauté;

— lorsqu'elles se rapportent aux transports aériens avec des États tiers et que, en outre, il a été constaté dans les formes et selon les procédures des articles 88 ou 89, paragraphe 2, du traité CEE, que ces tarifs sont le résultat d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont contraires à l'article 85 du traité CEE.

2) La perception de tels tarifs, à l'exclusion de tout autre, applicables aux vols réguliers dans les transports internationaux entre aéroports de la Communauté ou dans les transports avec les États tiers peut constituer en même temps, en cas de réalisation des faits visés par l'article 86 du traité CEE, une exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun; la perception de pareils tarifs est interdite dans les transports avec les États tiers, en vertu de l'article 86 du traité CEE, même en l'absence d'une constatation en ce sens intervenue dans les formes et selon les procédures des articles 88 ou 89, paragraphe 2, du traité CEE.

3) Dans la mesure où des homologations se rapportent à des tarifs aériens réguliers qui sont contraires au droit communautaire, compte tenu de la teneur des réponses 1 et 2, elles doivent être considérées comme comportant un manquement des États membres aux obligations qui leur incombent en vertu des dispositions combinées de l'article 5, alinéa 2, et des articles 3, sous f), 85, 86 et 90 du traité CEE, sans qu'une constatation particulière de ce manquement, intervenant de la part de la Commission conformément à l'article 90, paragraphe 3, du traité CEE, soit nécessaire. »