CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CARL OTTO LENZ

presentate il 28 aprile 1988 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

A — Antefatti

1. La domanda di pronunzia pregiudiziale deferita dal Bundesgerichtshof, sulla quale esprimo solo ora la mia valutazione poiché in conseguenza dell'attività normativa del Consiglio è parso necessario il proseguimento della trattazione orale, verte di nuovo sul problema di stabilire fino a che punto, allo stato attuale del diritto comunitario, accordi che limitino la concorrenza tra società di trasporti aerei siano ancora protetti dalla loro inosservanza da parte dei terzi.

2. Gli antefatti della controversia nel procedimento di merito dinanzi ai giudici tedeschi sono i seguenti:

3. Stando all'ordinanza di rinvio del Bundesgerichtshof, le imprese Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH, convenute e ricorrenti in cassazione (in prosieguo: le « convenute »), vendono nella Repubblica federale di Germania biglietti aerei i cui prezzi sono a volte inferiori di oltre il 60% a quelli autorizzati dalle autorità tedesche. All'uopo esse acquistavano biglietti aerei fuori della Repubblica federale di Germania alle tariffe localmente in vigore e validi, secondo le indicazioni contenute nel biglietto, per un viaggio aereo con partenza dal rispettivo paese e diretto verso un aeroporto di un paese terzo, dopo aver fatto scalo in un aeroporto tedesco. Scopo di queste vendite di biglietti aerei era quello di approfittare delle differenze valutarie e tariffarie esistenti tra la Repubblica federale di Germania e altri paesi, in conseguenza dei dislivelli creatisi tra i prezzi di vendita della IATA (International Air Transport Association) e i tassi ufficiali di cambio.

4. Nella Repubblica federale di Germania, simili pratiche sono in contrasto con l'art. 21 della Luftverkehrsgesetz (legge tedesca sui trasporti aerei) come è stata interpretata dai decreti del ministro federale dei trasporti emanati il 15 aprile 1981 nei confronti della Deutsche Lufthansa e il 9 febbraio 1982 nei confronti di tutte le imprese di trasporti aerei straniere. Tutte le tariffe di trasporti omologate dal ministro federale dei trasporti, a norma dell'art. 21 della legge sui trasporti aerei, per i trasporti che hanno inizio nella Repubblica federale di Germania, sono omologate e vincolanti solo come prezzi espressi in marchi tedeschi. Tali tariffe devono essere praticate per tutti i trasporti per i quali il luogo di primo imbarco effettivo è situato nella Repubblica federale di Germania. Nel corso della trattazione orale il difensore delle convenute ha sostenuto al riguardo che « nella pratica, le autorizzazioni all'esercizio rilasciate alle società

* Lingua originale: il tedesco.

aeree straniere per gli scali (...) sono legate ai prezzi praticati dalla Lufthansa ».

5. Contro le anzidette pratiche commerciali delle convenute non hanno agito, nella presente causa, né il ministro federale dei trasporti, né la Lufthansa, né le società di trasporti aerei che hanno venduto biglietti aerei sottoprezzo (prezzo tedesco), bensì la ricorrente, un'associazione che ha per scopo quello di prevenire e perseguire in via giudiziaria le violazioni della legge tedesca contro la concorrenza sleale. A seguito della domanda di quest'ultima, i giudici tedeschi, in primo e in secondo grado, hanno vietato per l'avvenire alle convenute « di offrire o di vendere biglietti aerei per voli di linea internazionali aventi come luogo di effettiva partenza la Repubblica federale di Germania a prezzi inferiori alle tariffe approvate dal ministro federale dei trasporti, anche qualora sul biglietto aereo si faccia apparire come luogo di inizio del viaggio un aeroporto sito al di fuori della Repubblica federale di Germania ».

6. Come risulta dalla domanda di pronunzia pregiudiziale del 30 gennaio 1986, l'oggetto del contendere nella causa principale riguarda sia la vendita di biglietti aerei rilasciati nella Repubblica federale di Germania per voli in partenza da aeroporti interni a prezzi inferiori alle tariffe, che la vendita di biglietti aerei rilasciati all'estero e che danno diritto a voli in partenza da un altro paese e a destinazione di un paese terzo, dopo uno scalo nella Repubblica federale di Germania.

7. Secondo quanto ha precisato il Bundesgerichtshof nella domanda di pronunzia pregiudiziale, il ricorso in cassazione proposto dalle convenute dovrebbe essere respinto qualora trovasse applicazione il solo diritto interno tedesco. Il Bundesgerichtshof nutre tuttavia dubbi sulla compatibilità con il diritto comunitario del sistema delle tariffe per voli di linea. Secondo il Bundesgerichtshof, le tariffe omologate dal ministro federale dei trasporti si basano infatti su convenzioni tariffarie di regola stipulate dalle imprese di trasporti aerei interessate sotto forma multilaterale, nell'ambito della IATA, oppure sotto forma bilaterale. In tal modo verrebbe ampiamente eliminata la reciproca concorrenza sui prezzi tra le società che gestiscono voli di linea. Ciò rende necessario esaminare se le convenzioni tariffarie stipulate siano compatibili con l'art. 85, n. 1, lett. a) e b), del trattato CEE e se il trasporto di passeggeri su voli di linea che avvenga esclusivamente con tariffe convenute sotto forma bilaterale o multilaterale sia da considerare sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune (art. 86 del trattato CEE). Inoltre è anche da chiarire se l'omologazione, da parte delle autorità degli Stati membri, di tariffe convenzionali per i voli di linea, sia conforme all'art. 5, n. 2, e all'art. 90, n. 1, del trattato CEE e se l'esame di tale questione competa esclusivamente alla Commissione, ai sensi dell'art. 90, n. 3, dello stesso trattato.

8. Per i suddetti motivi il Bundesgerichtshof ha sottoposto alla Corte di giustizia delle Comunità europee le seguenti questioni pregiudiziali:

« Se gli accordi bilaterali o multilaterali sulle tariffe dei voli di linea (ad esempio le risoluzioni della IATA), ai quali partecipi almeno un'impresa di trasporto aereo con sede in uno Stato membro della Comunità economica europea, siano nulli ipso iure ai sensi dell'art. 85, n. 2, del trattato CEE, per violazione dell'art. 85, n. 1, del trattato CEE anche nel caso in cui né l'autorità dello Stato membro (art. 88 del trattato CEE) né la Commissione (art. 89 del trattato CEE) abbiano dichiarato la loro incompatibilità con l'art. 85 del trattato CEE.

Se l'imposizione in via esclusiva di dette tariffe per i voli di linea costituisca sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune ai sensi dell'art. 86 del trattato CEE.

Se l'omologazione di tali tariffe da parte della competente autorità di uno Stato membro sia incompatibile con l'art. 5, 2° comma, e con l'art. 90, n. 1, del trattato CEE e pertanto nulla ipso iure anche qualora la Commissione non formuli obiezioni nei confronti di detta approvazione (art. 90, n. 3, del trattato CEE) ».

9. Sulle suddette questioni pregiudiziali hanno presentato osservazioni le convenute nella causa principale e la Commissione delle Comunità europee, per iscritto e nel corso della trattazione orale del 6 maggio 1987.

10. A seguito dell'emanazione da parte del Consiglio, avvenuta il 14 dicembre 1987, di una serie di atti relativi ai trasporti aerei internazionali *all'interno* della Comunità, le parti hanno presentato nuovamente osservazioni scritte e orali.

11. Su tali osservazioni nonché sul contenuto dei documenti che la Commissione delle Comunità europee ha presentato alla Corte di giustizia dopo la prima parte della trattazione orale, tornerò nel corso delle mie conclusioni. Per il resto, rinvio al contenuto della relazione d'udienza.

B — Parere

12. Come già rilevato, alla fine del 1987 il Consiglio ha emanato una serie di atti concernenti i trasporti aerei internazionali all'interno della Comunità [1]. Per risolvere le sgerichtshof, sembra quindi opportuno esaminare la situazione giuridica dei trasporti aerei all'interno della Comunità in modo separato da quella dei trasporti aerei verso paesi terzi.

1. *Sulla prima questione*

13. Con la sua prima questione il Bundesgerichtshof sostanzialmente chiede se l'art. 85 del trattato CEE costituisca una norma di diretta applicazione anche nel caso in cui non siano intervenute né un'autorità di uno Stato membro ai sensi dell'art. 88 del trat-

1 — Regolamento del Consiglio 14 dicembre 1987, n. 3975, relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei; regolamento del Consiglio 14 dicembre 1987, n. 3976, relativo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del trattato a talune categorie di accordi e pratiche concordate nel settore dei trasporti aerei; direttiva 87/601/CEE del Consiglio del 14 dicembre 1987 sulle tariffe per i servizi aerei di linea tra gli Stati membri; decisione 87/602/CEE del Consiglio del 14 dicembre 1987, sulla ripartizione della capacità passeggeri tra vettori aerei nei servizi di linea tra Stati membri e sull'accesso dei vettori aerei alle rotte di servizio aereo di linea tra Stati membri, GU 1987, L 374, pag. 1 e seguenti.

tato CEE, né la Commissione ai sensi dell'art. 89, n. 2, dello stesso trattato.

a) Sul traffico aereo intracomunitario

14. Già nella sua sentenza 6 aprile 1962 nella causa 13/61 [2], la Corte di giustizia ha affermato il principio secondo cui l'art. 85 del trattato CEE era di diretta applicazione con l'entrata in vigore del trattato. Nella sua sentenza 30 gennaio 1974, nella causa 127/73 [3] la Corte ha poi esplicitamente dichiarato che la competenza dei giudici nazionali ad applicare il diritto comunitario discende dalla diretta efficacia di tale diritto. Poiché i divieti sanciti dall'art. 85, n. 1, e dall'art. 86 del trattato CEE sono per loro natura idonei a produrre effetti immediati nei rapporti tra i singoli, essi fanno sorgere direttamente in capo a questi ultimi diritti che i giudici degli Stati membri devono tutelare.

15. Dopo l'emanazione degli atti del 14 dicembre 1987, non sono più giustificati ormai i dubbi in base ai quali la Corte di giustizia, nella testé citata sentenza 6 aprile 1962, nella causa 13/61, e successivamente nella sentenza 30 aprile 1986, nelle cause riunite da 209 a 213/84 [4], si era vista costretta a limitare la portata pratica della dichiarazione fatta in ordine all'efficacia diretta dell'art. 85 del trattato CEE. Da allora, infatti, l'art. 5 del regolamento n. 3975/87 disciplina l'applicazione dell'art. 85, n. 3, del trattato CEE; per giunta, l'art. 2 del regolamento n. 3976/87 autorizza la Commissione a concedere l'esenzione dal divieto di cui all'art. 85, n. 1, del trattato CEE a gruppi di accordi e di pratiche concordate nei trasporti aerei. L'art. 85 del trattato CEE trova quindi totale applicazione dal 1° gennaio 1988 ai trasporti aerei intracomunitari *internazionali*. Ciò significa che gli accordi e le decisioni di cui all'art. 85, n. 1, sono nulli ai sensi dell'art. 85, n. 2, del trattato CEE se ad essi non è stata concessa un'esenzione ai sensi dei regolamenti n. 3975/87 e n. 3976/87.

16. Non osta a quanto sopra il fatto che il regolamento n. 3975/87 non contenga disposizioni transitorie per le vecchie intese, come avveniva ancora nell'art. 5 del regolamento n. 17. Dato che la Corte di giustizia già nella sua sentenza 4 aprile 1974, nella causa 167/73 [5], aveva dichiarato che la navigazione aerea, benché sottratta, sino ad una diversa decisione del Consiglio, alle disposizioni relative alla politica comune dei trasporti, resta tuttavia soggetta alle norme generali del trattato, era da tempo pacifico che le norme sulla concorrenza contenute nel trattato si applicavano anche ai trasporti aerei. Tale possibilità di applicazione non poteva neppure essere ignota alle imprese di trasporto aereo comunitarie, dal momento che la Commissione delle Comunità europee aveva avviato indagini a norma dell'art. 89 del trattato CEE, per verificare la compatibilità con il trattato CEE dei comportamenti posti in essere dalle suddette imprese. Per di più, l'iter diretto all'emanazione di regolamenti di esecuzione a norma dell'art. 87 del

2 — Sentenza della Corte di giustizia 6 aprile 1962, causa 13/61, Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH e a., Racc. 1962, pag. 89.

3 — Sentenza della Corte di giustizia 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT/Sabam, Racc. 1974, pag. 51.

4 — Sentenza della Corte di giustizia 30 aprile 1986, cause riunite de 209 a 213/84, Pubblico ministero/Lukas Asjes e a., Racc. 1986, pag. 1457.

5 — Sentenza della Corte di giustizia 4 aprile 1974, causa 167/73, Commissione/Repubblica francese, Racc. 1974, pag. 359.

trattato CEE per il settore dei trasporti aerei aveva già avuto inizio nel 1981 [6], cosicché le imprese interessate dovevano aspettarsi una disciplina in materia.

17. La diretta efficacia dell'art. 85 del trattato CEE non viene contraddetta nemmeno dal regolamento del Consiglio n. 3976/87 relativo ad esenzioni per categoria. La Commissione può certo concedere, a norma dell'art. 2, n. 2, l'esenzione dal divieto di cui all'art. 85, n. 3, a determinate categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate; lo stesso vale anche per le consultazioni tariffarie [7]. Nella trattazione orale la Commissione ha precisato che essa aveva intenzione di agire in tal senso.

Nonostante la retroattività di un'esenzione di questo genere, stabilita dall'art. 4 del regolamento, attualmente non ci si può ancora esprimere sul suo futuro contenuto né sul fatto che essa si verifichi. La Commissione non è comunque obbligata ad accordarla. Se però venisse accordata essa andrebbe rispettata.

18. Può essere qui lasciato in sospeso il problema del possibile effetto di una domanda di esenzione eventualmente inoltrata ai sensi dell'art. 85, n. 3, del trattato CEE, nei confronti del divieto di cui al n. 1 dello stesso articolo, nel periodo in cui la domanda, pur essendo già stata proposta, non sia però ancora stata oggetto di decisione; infatti, secondo quanto riferito dalla Commissione, domande del genere non erano state ancora presentate sino al momento della trattazione orale del 17 marzo 1988.

19. Ne consegue dunque che il divieto di cui all'art. 85, n. 1, vale nell'ambito di applicazione del regolamento n. 3975/87, cioè per i trasporti aerei internazionali tra aeroporti della Comunità.

b) Voli aerei di linea in paesi terzi

20. Tale divieto non si limita del resto soltanto ai voli internazionali *all'interno* della Comunità; esso trova del pari applicazione per le tariffe concordate *per la tratta intracomunitaria internazionale di voli di linea in provenienza o a destinazione di paesi terzi*, allorché esse indichino, a seguito degli scali in aeroporti siti all'interno della Comunità, il prezzo relativo alle singole tratte dei voli intracomunitari. In particolare, l'applicazione del divieto non è esclusa dal regolamento n. 3975/87, atteso che dai lavori preparatori di quest'ultimo, come la Commissione ha argomentato in modo convincente, si desume che tale regolamento non determina in maniera tassativa la sfera di applicazione degli artt. 85 e seguenti del trattato CEE nel settore dei trasporti aerei.

21. Come ho precisato nelle mie conclusioni del 24 settembre 1985, nelle cause riunite da 209 a 213/84 [8], il diritto comunitario della concorrenza può essere applicato anche a

6 — Si veda la proposta della Commissione del 10 novembre 1981, GU 1981, C 291, pag. 4.

7 — Si veda l'art. 2, n. 2, terzo trattino, del regolamento n. 3976/87.

8 — In particolare nella parte B, punti 5 e 6, Racc. 1986, pag. 1451 e seguenti.

fattispecie relative a rapporti con paesi terzi, se gli accordi o le pratiche concordate di cui trattasi possono avere effetti all'interno della Comunità.

22. Tale influsso sugli scambi tra Stati membri può derivare infatti non solo da comportamenti che incidano sulla concorrenza nei trasporti aerei intracomunitari, bensì anche da pratiche connesse ai trasporti aerei tra Stati membri e paesi terzi. Così, ad esempio, le convenzioni tariffarie che riguardano il traffico tra un determinato aeroporto di un paese terzo e aeroporti siti all'interno della Comunità possono eventualmente provocare sviamenti di traffico all'interno della Comunità[9]. Il controllo e, se del caso, l'accertamento di simili effetti sono tuttavia compiti dei giudici degli Stati membri.

23. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza 30 aprile 1986, cause riunite da 209 a 213/84, nel settore dei trasporti aerei con paesi terzi vi è la particolarità che l'art. 85 del trattato CEE può intervenire soltanto qualora un'autorità nazionale, ai sensi dell'art. 88 del trattato CEE, oppure la Commissione, ai sensi dell'art. 89, n. 2, del trattato CEE, abbiano constatato che le tariffe di cui trattasi siano il risultato di accordi, decisioni di associazioni di imprese o di pratiche concordate incompatibili con l'art. 85 del trattato CEE.

9 — Come esempi teorici si vedano gli accordi relativi alle tariffe sulle linee Londra — New York e Bruxelles — New York, ovvero Copenaghen-Zurigo e Copenaghen — Basilea/Mulhouse (un aeroporto della Comunità).

2. *Sulla seconda questione (sfruttamento abusivo di una posizione dominante)*

24. Circa la *seconda questione* sottoposta dal Bundesgerichtshof va innanzitutto rilevato che la Corte di giustizia, nel procedimento ex art. 177 del trattato CEE, non è autorizzata ad applicare il diritto comunitario alla fattispecie concreta descritta dal giudice di rinvio. La Corte di giustizia deve limitarsi a fornire al giudice a quo i criteri in base ai quali quest'ultimo può decidere autonomamente sul caso concreto. Del resto, la Corte di giustizia, nel presente caso, non sarebbe nemmeno in grado di pronunciarsi in via definitiva, non disponendo essa della conoscenza di gran parte dei fatti necessari per l'applicazione dell'art. 86 del trattato CEE.

a) Sui servizi aerei di linea intracomunitari

25. Poiché il regolamento n. 3975/87, all'art. 1, disciplina anche le modalità di applicazione dell'art. 86 del trattato CEE per i trasporti internazionali tra aeroporti della Comunità, va constatato, trasponendo analogicamente le considerazioni espresse prima in ordine all'art. 85 del trattato CEE, che l'art. 86 dello stesso dev'essere applicato dai giudici nazionali come una norma avente efficacia diretta.

26. Sulle modalità di applicazione dell'art. 86 del trattato CEE è da osservare quanto segue: spetta ai giudici tedeschi accertare se è vero che le autorizzazioni all'esercizio per le società straniere sono collegate alle tariffe

della Lufthansa, di guisa che solo la Lufthansa (sotto il controllo del ministro federale dei trasporti) determinerebbe effettivamente i prezzi da applicare a destinazione degli aeroporti della Repubblica federale di Germania e in partenza da essi.

27. Tuttavia, anche nel caso in cui una società straniera abbia diritto a concorrere alla decisione, già il tenore dell'art. 86 del trattato CEE dimostra che una posizione dominante sul mercato può essere anche detenuta congiuntamente da più imprese. Così ad esempio le parti di un'intesa, ovvero i partecipanti ad accordi incompatibili con le norme comunitarie ai sensi dell'art. 85 del trattato CEE, possono detenere congiuntamente una posizione dominante [10]. In ogni caso, l'applicazione dell'art. 85 del trattato CEE non esclude quella dell'art. 86 dello stesso trattato.

28. Un po' più ardua è la valutazione da fare sulla concreta delimitazione del mercato rilevante. In tale esame, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, le possibilità di concorrenza vanno valutate nell'ambito del mercato comprendente tutti i prodotti che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non sono facilmente intercambiabili con altri prodotti. La determinazione del mercato rilevante serve a valutare se l'impresa interessata sia in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva e di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori [11].

29. In considerazione di tali criteri sembra doversi accogliere il punto di vista della Commissione secondo cui il mercato rilevante nella fattispecie è da considerare il mercato delle prestazioni di servizi di trasporto nel settore dei voli di linea. Il grosso della domanda di tali servizi è costituito dai passeggeri « regolari », tra i quali si trovano soprattutto uomini d'affari, funzionari e politici, che spesso hanno bisogno di spostarsi verso destinazioni determinate a determinati orari. Per questi clienti né i voli occasionali (voli charter) né altri mezzi di trasporto, specie per le distanze più lunghe, costituiscono un'alternativa. L'offerta di trasporti nel settore dei voli di linea non è perciò in concorrenza con l'offerta di altri mezzi di trasporto.

30. Il mercato rilevante sotto il profilo geografico, nel presente caso, viene indicato dalle disposizioni dell'art. 21 della Luftverkehrsgesetz (legge tedesca sul traffico aereo): esso è il mercato delle prestazioni di servizi di trasporto nel settore dei voli di linea, da un aeroporto della Repubblica federale di Germania verso altri Stati membri o Stati terzi [12].

31. Il giudice nazionale dovrà poi esaminare se tali collegamenti aerei costituiscano insieme una parte sostanziale del mercato comune. Al riguardo la Commissione ha proposto di risolvere la questione in base a criteri quantitativi, quali la grandezza, la popolazione e l'importanza economica degli Stati tra loro collegati dai voli di linea considerati nonché il numero dei passeggeri in arrivo o in partenza rispetto al traffico com-

10 — Si veda sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 e 56, 111, 113 e 114, Coöperative Vereniging «Suiker Unie» e a./Commissione, Racc. 1975, pag. 1663, in particolare, pagg. da 2011 a 2013.

11 — Si veda sentenza 9 novembre 1983, causa 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV/Commissione, Racc. 1983, pag. 3461, in particolare, pag. 3504 e seguenti.

12 — I trasporti aerei interni a uno Stato non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva del 14 dicembre 1987.

plessivo di passeggeri nei voli di linea della Comunità.

32. Poiché dalla giurisprudenza della Corte risulta che possono essere già considerati parte sostanziale della Comunità gli Stati membri di medie dimensioni [13], si può ritenere che i voli di linea in partenza dalla Repubblica federale di Germania costituiscano anch'essi una parte sostanziale del mercato dei trasporti aerei della Comunità.

33. Del resto va precisato che la situazione descritta nella Repubblica federale di Germania non esiste isolatamente, ma che pratiche analoghe possono essere constatate in altri Stati membri della Comunità. Ciò è noto, a seguito delle cause riunite da 209 a 213/84, per quel che riguarda la Francia; inoltre, dai documenti prodotti dalla Commissione alla Corte di giustizia risulta che almeno anche in Belgio, Danimarca, Grecia, Irlanda, Italia, nei Paesi Bassi e nel Regno Unito vengono praticate convenzioni tariffarie di questo genere.

34. Finora venivano di regola accordati diritti di navigazione aerea sulle rotte internazionali menzionate solo a due compagnie aeree, rispettivamente a una per ciascuno degli Stati interessati; ciò rende possibile a tali imprese un controllo congiunto del mercato di cui trattasi. Poiché le compagnie aeree si presentano in tal modo all'utente come un'entità in larga misura unitaria, si potrebbe ammettere l'esistenza di una posizione dominante sul mercato.

35. Dal momento che le imprese interessate, mediante le loro convenzioni tariffarie, eliminano sostanzialmente, a danno dei consumatori — a prescindere forse da una certa concorrenza sulle prestazioni di servizi — non solo la concorrenza sul prezzo e sulle condizioni di trasporto ma, alla luce della limitazione all'accesso alle singole rotte aeree, anche la concorrenza ancora possibile tra gli interessati, può essere rilevato già in tale situazione uno sfruttamento abusivo della loro posizione dominante sul mercato. Ciò trova conferma nella giurisprudenza della Corte, che già nella sua sentenza 21 febbraio 1973, nella causa 6/72 [14], ha ritenuto configurante un abuso un intralcio sostanziale alla concorrenza sul mercato rilevante da parte di una o più imprese dominanti che agiscono di concerto, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo ciò avvenga.

36. Se si partisse da tale principio, diverrebbe superfluo dimostrare l'esistenza di una delle fattispecie contemplate dall'art. 86 del trattato CEE, in particolare di quella di cui al n. 2, lett. a), dello stesso articolo, cioè dell'imposizione diretta o indiretta di prezzi d'acquisto, di vendita o di altre condizioni di transazione non eque. Cionondimeno, se si comparassero inoltre le tariffe aeree all'interno della Comunità con quelle praticate sul Nord Atlantico, le quali non sono basate su convenzioni tariffarie, si potrebbe ugualmente desumere, da tale raffronto dei

13 — Si vedano sentenze 27 marzo 1974, causa 127/73, Belgische Radio en Televisie e a./SV Sabam e a., Racc. 1974, pag. 313, e 9 novembre 1983, causa 322/81, locuzione citate.

14 — Si veda sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc./ Commissione, Racc. 1973, pag. 215, e in particolare pag. 245 e seguenti.

prezzi, l'esistenza di un abuso di posizione dominante sul mercato.

37. Non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato, che dev'essere accertato, è altresì idoneo a pregiudicare il commercio fra Stati membri. Nei limiti in cui le tariffe concordate vengono applicate a voli di linea che collegano due o più Stati membri tra loro, viene direttamente colpita la circolazione intracomunitaria di servizi, che è ricompresa nell'art. 86 del trattato CEE [15].

b) Sui servizi aerei di linea in partenza da e a destinazione di paesi terzi

38. Ci si chiede ora se i medesimi principi validi per i servizi aerei di linea internazionali tra aeroporti della Comunità valgano anche per i servizi aerei di linea in partenza da e a destinazione di paesi terzi.

39. La Commissione delle Comunità europee ha sostenuto in proposito che ai servizi aerei di linea *con paesi terzi* vanno applicati, anche nell'ambito dell'art. 86 del trattato, i principi enunciati nelle cause da 209 a 213/84 circa l'art. 85 del trattato CEE, con la conseguenza che l'art. 86 del trattato CEE non potrebbe spiegare un'efficacia diretta, fintantoché le autorità nazionali, ovvero la Commissione, non abbiano proceduto ai sensi, rispettivamente, dell'art. 88 e dell'art. 89, n. 2, del trattato CEE.

40. Considerata la differenza strutturale esistente tra l'art. 85 e l'art. 86 del trattato CEE, tale opinione non mi pare convincente.

41. In primo luogo va osservato che l'art. 86 del trattato CEE, come la Corte di giustizia ha precisato nella sua sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73 [16], trova diretta applicazione. Tale applicazione è diretta conseguenza del verificarsi della fattispecie prevista nel divieto, senza che per questo sia preliminarmente necessaria una decisione. Inoltre, contrariamente alla disciplina dettata dall'art. 85, n. 3, nel trattato CEE [17] non viene contemplata un'esenzione dal divieto di abuso di posizione dominante sul mercato, né essa sarebbe pensabile: l'abuso non può essere autorizzato e comunque non può esserlo in una comunità che riconosce la preminenza del diritto quale supremo principio. Anche un regolamento del Consiglio che qualificasse taluni comportamenti compatibili con l'art. 86 del trattato CEE dovrebbe essere esaminato alla luce di questo stesso articolo. Il ragionamento riferentesi all'applicazione soltanto parziale dell'art. 85 del trattato CEE, sviluppato dalla Corte di giustizia nella sua sentenza 6 aprile 1962, nella causa 13/61, e da essa ripreso nella sentenza 30 aprile 1986, nelle cause riunite da 209 a 213/84, non si può adattare pertanto all'art. 86 del trattato CEE, che è diversamente strutturato.

15 — Si veda sentenza della Corte di giustizia 14 luglio 1981, causa 172/80, Gerhard Züchner/Bayerische Vereinsbank AG, Racc. 1981, pag. 2021, in particolare pag. 2032.

16 — Si veda sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, Giuseppe Sacchi, Racc. 1974, pag. 409, in particolare pag. 431.

17 — Sentenza della Corte di giustizia 21 febbraio 1973, causa 6/72, locuzione citata, pag. 246 e seguenti.

42. Anche la presa in considerazione del principio della certezza del diritto non conduce a un diverso risultato. Non essendovi alcuna possibilità di esenzione dal divieto stabilito dall'art. 86 del trattato CEE, esiste, a prescindere da una normativa sull'applicazione di sanzioni, che non viene in rilievo nella presente fattispecie, solo l'esigenza di disciplinare la procedura per il rilascio di un'attestazione negativa. Per i trasporti aerei *intracomunitari*, la concessione dell'attestazione negativa è così disciplinata dall'art. 3, n. 2, del regolamento n. 3975/87:

« La Commissione, su domanda delle imprese o di associazioni di imprese interessate, può attestare che, in base agli elementi a sua conoscenza, essa non ha motivo di intervenire, a norma dell'art. 85, n. 1, o dell'art. 86 del trattato, nei riguardi di un determinato accordo, decisione o pratica concordata ».

43. Per i trasporti aerei *extracomunitari* valgono gli artt. 89 e 155 del trattato CEE. In base a questi ultimi, la Commissione, qualora lo ritenga necessario, può formulare un parere sulla questione se una determinata struttura tariffaria sia contraria all'art. 86.

44. Né l'attestazione di cui all'art. 3 del regolamento n. 3975/87, né il parere a norma degli artt. 155 e 89 del trattato CEE possono vincolare i giudici, contrariamente a quanto avviene per la dichiarazione di esenzione di cui all'art. 85, n. 3, del trattato CEE. Nemmeno una normativa in tale materia per i trasporti aerei extracomunitari potrebbe portare a un diverso risultato. Ne consegue che la sua mancanza non osta all'applicazione dell'art. 86 del trattato CEE.

45. Una domanda per la concessione di un'attestazione negativa e il rilascio di questa da parte della Commissione sono tuttavia immaginabili anche senza specifiche disposizioni, cosicché non vi è bisogno di una normativa di diritto positivo in materia per giungere ad una piena applicazione dell'art. 86 del trattato CEE.

46. Del pari, un'altra parte delle regole di concorrenza del trattato CEE trova costante applicazione nella prassi finora adottata, senza che siano stati emanati i corrispondenti regolamenti applicativi: la disciplina degli aiuti statali di cui agli artt. 92 e seguenti del trattato CEE. Benché il Consiglio non abbia emanato i regolamenti utili, di cui aveva fatto menzione all'art. 94 dello stesso trattato, per l'applicazione degli artt. 92 e 93 del trattato CEE, questi ultimi vengono applicati dalle istituzioni della Comunità e ciò non limitatamente al solo rapporto tra istituzioni comunitarie e Stati membri, bensì anche in relazione ai terzi favoriti dagli aiuti o persino alle loro controparti commerciali, come si può ad esempio rilevare nelle sentenze 10 luglio 1986 nelle cause 234/84 e 40/85 [18], proprio in relazione alla revoca di partecipazioni ad imprese avvenute in modo incompatibile con il diritto comunitario. Tale modo di procedere si giustifica per il fatto che in una comunità la cui attività riguarda anche « la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune » [19], a di-

18 — Si veda sentenza 10 luglio 1986, causa 234/84, Regno del Belgio/Commissione, Racc. 1986, pag. 2263; sentenza 10 luglio 1986, causa 40/85, Regno del Belgio/Commissione, Racc. 1986, pag. 2321.

19 — Art. 3, lett. f), del trattato CEE.

stanza di trenta anni dalla sua fondazione, non dovrebbero essere tollerati in ogni caso aiuti statali tali da falsare la concorrenza.

47. Le stesse considerazioni valgono anche per l'abuso di una posizione dominante sul mercato. Un siffatto abuso non può essere autorizzato. La disciplina relativa al rilascio di attestazioni negative può costituire un vantaggio per gli interessati, tuttavia la sua mancanza non può ostare all'applicazione di una disposizione che appartiene ai fondamenti del mercato comune.

48. La sentenza 30 aprile 1986, nelle cause riunite da 209 a 213/84, non è in contraddizione con tale tesi, in quanto essa — come si è visto — si riferisce solo al caso, di diversa configurazione, dell'art. 85 del trattato CEE. Un'applicazione estensiva non è pertanto consentita.

49. Quanto all'art. 86 del trattato CEE, sono comunque del parere che esso possa essere applicato anche qualora non siano state esercitate né le competenze attribuite alla Comunità dall'art. 87 del trattato CEE, né quelle attribuite agli Stati membri dall'art. 88 e alla Commissione dall'art. 89 dello stesso trattato.

3. *Sulla terza questione*

50. Come risulta dalla motivazione della sua domanda di pronunzia pregiudiziale, il Bundesgerichtshof con la sua *terza* questione chiede in sostanza se l'omologazione da parte delle autorità degli Stati membri di tariffe aeree concordate sia conforme al combinato disposto dell'art. 5, n. 2, e dell'art. 90, n. 1, del trattato CEE e, in caso di soluzione in senso negativo di tale questione, quali siano le conseguenze da trarne sul piano del diritto. È da chiarire inoltre se le omologazioni di tariffe per voli di linea, eventualmente contrastanti con il diritto comunitario, siano sottoposte esclusivamente al controllo della Commissione ovvero soggiacciano anche al sindacato dei giudici nazionali, nel caso in cui la Commissione non abbia mosso obiezioni al riguardo. In altri termini va quindi chiarito se riguardo all'omologazione statale sia stata creata dall'art. 90 del trattato CEE una disciplina speciale di deroga alla disciplina generale degli artt. 85 e 86 del trattato CEE.

51. Sulla prima parte di tale questione va richiamata la giurisprudenza della Corte, nel frattempo consolidata, secondo cui gli Stati membri sono tenuti a non emanare o mantenere in vigore provvedimenti atti a eliminare la piena efficacia delle regole di concorrenza nei confronti delle imprese [20]. Ciò vale anche nei confronti di imprese pubbliche — è compito dei giudici degli Stati membri stabilire se si tratti di queste ultime —, poiché l'art. 90 del trattato CEE costituisce solo un caso particolare di applicazione di determinati principi generali che vincolano gli Stati membri ed ha perciò natura dichiarativa [21].

52. Secondo la sentenza 30 aprile 1986, nelle cause riunite da 209 a 213/84, per il periodo di tempo e per il settore dei trasporti aerei, per i quali non è stato emanato un provvedimento di applicazione ai sensi dell'art. 87 del trattato CEE, si configura

20 — Vedansi sentenze 30 aprile 1986, cause riunite da 209 a 213/84, locuzione citata, nonché 1° ottobre 1987, causa 311/84, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/Sociale Dienst van de plaatselijke en gewestelijke Overheidsdiensten, Racc. 1987, pag. 3801.

21 — Vedasi sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-Inno-BM/Vereniging van der Kleinhandelaars in Tabak, Racc. 1977, pag. 2115, in particolare pag. 2147.

una violazione da parte dello Stato membro degli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 3, lett. f), 85 e 90, n. 1, del trattato CEE, soltanto ove l'incompatibilità degli accordi con l'art. 85 sia stata già formalmente accertata dalle autorità dello Stato membro, conformemente all'art. 88, ovvero dalla Commissione, conformemente all'art. 89. Poiché i relativi accertamenti non sono stati finora effettuati, quanto sopra vale in generale per le omologazioni concesse prima del 1° gennaio 1988 e per quelle concesse dopo tale data per le tariffe dei voli di linea con paesi terzi.

53. Per le omologazioni tariffarie che vengono concesse per i trasporti aerei internazionali tra aeroporti della Comunità dopo il 1° gennaio 1988, sono ormai da osservare i provvedimenti emanati dal Consiglio il 14 dicembre 1987, in particolare le disposizioni della direttiva 87/601 sulle tariffe per i servizi aerei di linea fra gli Stati membri. Le tariffe per i voli di linea, a norma dell'art. 4 della direttiva, sono ora soggette all'approvazione da parte delle autorità aeronautiche degli Stati interessati. A norma dell'art. 2, lett. a), si intendono per tariffe aeree di linea i prezzi da pagarsi per il trasporto, nella moneta nazionale da applicare. Di conseguenza, poiché normalmente le tariffe aeree di linea devono essere omologate rispettivamente in due diverse monete, gli Stati membri non potranno in avvenire approvare tariffe aeree di linea vincolanti solo nella propria moneta nazionale.

54. La Commissione ha proposto che la soluzione data in ordine agli artt. 5, 3, lett. f), 40 e 85 del trattato CEE venga estesa anche alla violazione da parte di uno Stato membro degli obblighi ad esso incombenti in forza del combinato disposto dell'art. 5 e degli artt. 3, lett. f), 90, n. 1, e 86 del trattato CEE. Tuttavia, date le conclusioni a cui sono pervenuto nella seconda parte della soluzione data alla seconda questione, tale estensione non è da me condivisa. In tal modo, a mio parere, uno Stato membro viola gli obblighi summenzionati già ove la fattispecie dell'art. 86 del trattato CEE si verifichi ad opera dell'impresa interessata e nonostante questo lo Stato membro conceda l'omologazione; non è necessario a mio parere un accertamento della violazione all'art. 86 del trattato CEE.

55. Tale considerazione è sufficiente a condurci alla soluzione della seconda parte della terza questione sollevata dal Bundesgerichtshof. Non appena venga accertato che una norma nazionale è incompatibile con l'art. 5, n. 2, del trattato CEE, la stessa non potrà più essere applicata dai giudici nazionali. Lo stesso deve valere ugualmente per tutti gli atti giuridici nazionali che siano fondati su una norma nazionale di questo genere.

56. Non mi sembra che nella fattispecie sussista una necessità di applicazione dell'art. 90, n. 3, del trattato CEE, in quanto, conformemente all'art. 90, n. 1, del trattato CEE, si applicano le regole generali di concorrenza e, secondo la giurisprudenza nel frattempo consolidata della Corte di giustizia, l'art. 90, n. 2, del trattato CEE non può applicarsi direttamente [22]. L'art. 90, n. 3, del trattato CEE si limita ad attribuire alla

22 — Vedasi sentenze 14 luglio 1971, causa 10/71, Pubblico ministero lussemburghese/M. Müller, vedova J. P. Hein e a., Racc. 1971, pag. 723, in particolare pag. 730, nonché 10 marzo 1983, causa 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage e a./Groupement d'intérêt économique «Inter-Huiles» e a., Racc. 1983, pag. 555, in particolare pag. 567.

Commissione competenze aggiuntive; esso tuttavia non esclude l'applicabilità delle norme generali del trattato.

4. *Sull'efficacia nel tempo di un provvedimento inibitorio*

57. Le convenute nella causa principale nonché la Commissione hanno chiesto alla Corte di precisare nella sentenza che un provvedimento inibitorio eventualmente emanato potrebbe divenire senza oggetto se in avvenire il diritto comunitario dovesse subire modifiche. Che tali considerazioni non siano ingiustificate è dimostrato da quanto osservato in precedenza, e cioè dal fatto che il regolamento n. 3975/87 non apporta una disciplina esauriente, come gli artt. 8 del regolamento n. 3976/87, 12 della direttiva 87/601 e 14 della decisione 87/602, ai sensi dei quali il Consiglio *entro il 30 giugno 1990* decide in merito alla revisione dei suddetti atti. Inoltre, ai sensi degli artt. 85, 86, 88 e 89 del trattato CEE, per quanto riguarda i trasporti con paesi terzi, la Commissione e le autorità degli Stati membri possono agire e stabilire con ciò le premesse per l'applicazione degli artt. 85 e 86 del trattato CEE da parte dei giudici degli Stati membri. Queste nuove norme comunitarie potrebbero non essere compatibili con la situazione giuridica alla base del provvedimento inibitorio e prevarrebbero su questo. Spetta ai giudici tedeschi tener conto di tale circostanza.

C — Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto propongo alla Corte di risolvere le questioni sollevate dal Bundesgerichtshof nel seguente modo:

58. « 1) Gli accordi bilaterali o multilaterali sulle tariffe dai voli di linea, ai quali partecipi almeno un'impresa di trasporto aereo con sede in uno Stato membro della Comunità europea, allo stato attuale del diritto comunitario sono nulli ai sensi dell'art. 85, n. 2, del trattato CEE, per violazione del n. 1 dello stesso articolo, se

— riguardano i trasporti aerei internazionali tra aeroporti della Comunità;

— riguardano i trasporti aerei con paesi terzi e sia stato inoltre accertato nella forma e secondo le procedure di cui all'art. 88 o all'art. 89, n. 2, del trattato CEE che tali tariffe costituiscono il risultato di accordi, decisioni di associazioni d'imprese o di pratiche concordate contrarie all'art. 85 del trattato CEE.

2) L'imposizione esclusiva di tali tariffe per i voli di linea nei trasporti internazionali tra aeroporti della Comunità ovvero nel traffico aereo con paesi terzi può al tempo stesso costituire, ove si verifichi la fattispecie di cui all'art. 86 del trattato CEE, uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune; l'imposizione di siffatte tariffe nei trasporti aerei con Stati terzi è vietata, a norma dell'art. 86 del trattato CEE, anche se manchi un accertamento in tal senso operato nelle forme e secondo procedure previste all'art. 88 o all'art. 89, n. 2, del trattato CEE.

3) Nei limiti in cui le omologazioni riguardino tariffe aeree di linea contrarie al diritto comunitario in base a quanto esposto ai punti 1 e 2, deve ravvisarsi in esse una violazione degli obblighi imposti agli Stati membri in forza del combinato disposto dell'art. 5, n. 2, e degli artt. 3, lett. f), 85, 86 e 90 del trattato CEE, senza che occorra uno specifico accertamento di tale violazione da parte della Commissione ai sensi dell'art. 90, n. 3, del trattato CEE. »