CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ
presentadas el 28 de abril de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Hechos

1. La demanda de decisión prejuicial presentada por el Bundesgerichtshof, sobre la que sólo nos pronunciamos hoy debido al hecho de que las tareas legislativas del Consejo han puesto de relieve la necesidad de proseguir la fase oral del procedimiento, versa de nuevo sobre la cuestión de determinar en qué medida los acuerdos celebrados por compañías aéreas que restringen la competencia están todavía protegidos, en el estado actual del Derecho comunitario, contra su inobservancia por terceros.

2. Los hechos que causaron el litigio principal, pendiente ante los órganos jurisdiccionales alemanes, son los siguientes.

3. Según se recoge en la resolución de remisión del Bundesgerichtshof, las empresas Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH, demandadas en instancia y recurrentes en casación (en lo sucesivo, «las demandadas»), venden en la República Federal de Alemania billetes de avión, algunos de cuyos precios son inferiores en más de un 60 % a los precios aprobados por las autoridades alemanas. Para ello, las demandadas adquirieron fuera de la República Federal de Alemania billetes de avión a los precios vigentes en los países de compra respectivos, y que se aplican, según se recoge en el billete de avión, a un viaje aéreo que comienza en el país de que se trata y que conduce, con escala en un aeropuerto alemán, al aeropuerto de un país tercero. La lógica de estas ventas de billetes de avión radica en el beneficio que puede obtenerse de las diferencias entre las monedas, así como de las diferencias que existen entre la República Federal de Alemania y otros países en materia de tarifas como consecuencia de la evolución divergente de los precios de venta de la IATA (International Air Transport Association) y de los tipos oficiales de cambio.

4. En la República Federal de Alemania, semejante práctica se considera contraria al artículo 21 de la Luftverkehrsgesetz (Ley de Transporte Aéreo), según ha sido interpretado por las Órdenes que el Ministro federal de Transportes dirigió a la Deutsche Lufthansa (15 de abril de 1981) y a todas las compañías aéreas extranjeras (9 de febrero de 1982). Según dichas Órdenes, las tarifas aprobadas por el Ministro federal de Transportes, con arreglo al artículo 21 de la Luftverkehrsgesetz, para los viajes con salida en la República Federal de Alemania, sólo han sido aprobadas y son obligatorias en tanto que precios calculados en marcos alemanes, y serán aplicables a todos los viajes cuyo punto efectivo de salida esté localizado en la República Federal de Alemania. En la vista, el representante de las demandadas dijo a este respecto: «en la práctica, las autorizaciones de explotación para las compañías

* Lengua original: alemán.

aéreas extranjeras [...] están condicionadas a que se apliquen los precios de la Lufthansa».

5. Las prácticas comerciales de las demandadas a que acabamos de hacer referencia no han sido impugnadas, en el caso de autos, ni por el Ministro federal de Transportes, ni por la Lufthansa, ni por las compañías aéreas cuyos billetes de avión se vendieron aplicando los precios alemanes, sino por la demandante, asociación que tiene como objetivo combatir y acudir a los tribunales para actuar contra las infracciones a la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley alemana contra la Competencia Desleal). A petición suya, los órganos jurisdiccionales alemanes prohibieron a las demandadas, en primera y segunda instancia, «ofrecer en venta o vender» en el futuro «billetes de avión para vuelos regulares internacionales cuyo punto efectivo de salida esté localizado en la República Federal de Alemania, a precios inferiores a los aprobados por el Ministro federal de Transportes, incluso cuando un aeropuerto situado fuera de la República Federal de Alemania figure *pro forma* en el billete de avión como punto de partida del viaje».

6. Según resulta de la petición de decisión prejudicial de 30 de enero de 1986, el litigio principal tiene por objeto tanto la venta de billetes de avión para vuelos con salida en un aeropuerto interior vendidos en la República Federal de Alemania a precios inferiores a la tarifa, como la venta de billetes de avión expedidos en el extranjero para vuelos con salida en otro país y con destino a un país tercero, previa escala en la República Federal de Alemania.

7. Según las consideraciones que hace el Bundesgerichtshof en la petición de decisión prejudicial, si se aplicase exclusivamente el Derecho alemán habría de desestimarse el recurso de casación de las demandadas. No obstante, el Bundesgerichtshof tiene dudas en cuanto al extremo de si resulta compatible con el Derecho comunitario el sistema de tarifas aplicable a los vuelos regulares. En efecto, según el Bundesgerichtshof, las tarifas aprobadas por el Ministro federal de Transportes se basan en acuerdos sobre tarifas entre las compañías aéreas interesadas, celebrados generalmente en el marco multilateral de la IATA o con carácter bilateral. El Bundesgerichtshof estima que los referidos acuerdos suprimen, o les falta poco para ello, la competencia en materia de los precios que aplican las compañías aéreas que operan líneas regulares, de donde surge la necesidad de comprobar si los acuerdos celebrados sobre tarifas resultan compatibles con las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 85 y si el transporte de pasajeros en líneas regulares, basándose únicamente en tarifas acordadas con carácter bilateral o multilateral, debe considerarse como la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común a que se refiere el artículo 86 del Tratado CEE. Por otra parte, el Bundesgerichtshof considera que también es necesario determinar si la aprobación por las autoridades de los Estados miembros de las tarifas acordadas en materia de vuelos regulares resulta compatible con el párrafo segundo del artículo 5 y con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE, y si el examen de dicha cuestión es competencia exclusiva de la Comisión, conforme al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CEE.

8. Por estas razones, el Bundesgerichtshof solicitó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una decisión prejudicial sobre las cuestiones siguientes:

«Los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre tarifas aplicables a los vuelos regulares, por ejemplo, las resoluciones de la IATA, de los que son parte una o varias empresas de transporte aéreo con domicilio social situado en un Estado miembro de la CEE, ¿son nulos de pleno derecho, con arreglo al apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE, por infringir el apartado 1 de dicho artículo, aunque ni las autoridades del Estado miembro (artículo 88 del Tratado CEE) ni la Comisión (artículo 89 del Tratado CEE) hayan declarado su incompatibilidad con las disposiciones del artículo 85 del Tratado CEE?

»¿Constituye la aplicación exclusiva de tales tarifas a los vuelos regulares una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común en el sentido del artículo 86 del Tratado CEE?

»¿Resulta incompatible con el apartado 2 del artículo 5 y con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE y, por consiguiente, nula de pleno derecho, la autorización de las referidas tarifas por la autoridad competente de un Estado miembro, incluso cuando la Comisión no plantea objeciones a dicha autorización (apartado 3 del artículo 90 del Tratado CEE)?»

9. Estas cuestiones fueron objeto de observaciones escritas por parte de las demandadas en el litigio principal y de la Comisión de las Comunidades Europeas, así como de observaciones orales presentadas en la vista del 6 de mayo de 1987.

10. Como el Consejo adoptó el 14 de diciembre de 1987 una serie de actos sobre el transporte aéreo internacional *dentro* de la Comunidad, las partes presentaron de nuevo observaciones escritas y orales.

11. Más adelante volveremos sobre esas observaciones, así como sobre el contenido de los documentos que la Comisión de las Comunidades Europeas presentó al Tribunal de Justicia concluida la primera parte de la fase oral del procedimiento. Para lo demás, rogamos al Tribunal de Justicia que tenga a bien remitirse al contenido del informe para la vista.

B. Definición de postura

12. Como ya dijimos, el Consejo adoptó a finales de 1987 una serie de actos sobre el transporte aéreo internacional dentro de la Comunidad.[1] Para responder a las cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof es preciso, pues, analizar la situación jurídica de los servicios aéreos regulares en el interior de la Comunidad separadamente de la correspondiente a los servicios aéreos regulares con los terceros Estados.

1. *Primera cuestión*

13. Mediante su primera cuestión el Bundesgerichtshof pretende esencialmente averigüar si el artículo 85 del Tratado CEE constituye una disposición directamente aplicable aunque no intervenga ninguna autoridad de ningún Estado miembro, conforme al artículo 88 del Tratado CEE, ni la

1 — Reglamento nº 3975/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo: Reglamento nº 3976/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo; Directiva del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros (87/601/CEE); Decisión del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros (87/602/CEE); DO 1987, L 374, pp. 1 y ss.

Comisión, conforme al apartado 2 del artículo 89 del Tratado CEE.

a) Transporte aéreo intracomunitario

14. Ya en su sentencia de 6 de abril de 1962, recaída en el asunto 13/61,[2] el Tribunal de Justicia había reconocido, en el ámbito de los principios, la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado CEE a partir del momento de la entrada en vigor del Tratado. Posteriormente, en su sentencia de 30 de enero de 1974 en el asunto 127/73,[3] el Tribunal de Justicia declaró expresamente que la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar las disposiciones del Derecho comunitario se basaba en el efecto directo de las mismas, y que, como las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 eran adecuadas, por su propia naturaleza, para producir efectos directos en las relaciones entre particulares, dichos artículos generaban directamente derechos para los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales debían salvaguardar.

15. Como consecuencia de la adopción de los actos de 14 de diciembre de 1987, han quedado privadas de su fundamento las reservas que habían conducido al Tribunal de Justicia, en la citada sentencia de 6 de abril de 1962 en el asunto 13/61 y, más tarde, en la sentencia de 30 de abril de 1986 en los asuntos acumulados 209 a 213/84,[4] a restringir la eficacia de su declaración relativa a la aplicabilidad directa del artículo 85 del Tratado CEE. En efecto, el artículo 5 del Reglamento nº 3975/87 regula desde entonces la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE; por otra parte, en materia de transporte aéreo, el artículo 2 del Reglamento nº 3976/87 dispone que la Comisión podrá declarar que el apartado 1 del artículo 85 no será aplicable a determinadas categorías de acuerdos y de prácticas concertadas. Así pues, desde el 1 de enero de 1988 el artículo 85 del Tratado CEE resulta aplicable en su integridad al transporte aéreo *internacional* intracomunitario. Lo anterior significa que, en aplicación del apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE, serán nulos de pleno derecho los acuerdos y decisiones a que se refiere el apartado 1 del artículo 85, cuando no hayan sido objeto de exención en virtud de los Reglamentos nº 3975/87 y nº 3976/87.

16. No supone obstáculo alguno para esta solución el hecho de que el Reglamento nº 3975/87 no contenga disposiciones transitorias aplicables a las prácticas concertadas ya existentes, como sí sucedía con el artículo 5 del Reglamento nº 17. Desde hace mucho tiempo estaba establecido que las normas sobre competencia del Tratado también se aplicaban al transporte aéreo, puesto que el Tribunal de Justicia ya había declarado, en su sentencia de 4 de abril de 1974 en el asunto 167/73,[5] que si bien el transporte aéreo quedaría al margen de las normas relativas a la política común de transportes hasta que el Consejo decidiese lo contrario, era evidente que seguiría rigiéndose por las normas generales del Tratado. Por lo demás, las compañías aéreas de la Comunidad no podían desconocer la referida aplicabilidad, puesto que la Comisión de las Comunidades Europeas había abierto una investigación en virtud del artículo 89 del Tratado CEE, con objeto de verificar la compatibilidad con el Tratado CEE de las prácticas de dichas empresas. Por otra parte,

2 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1962, Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch GmbH y otros, 13/61 Rec. 1962, p. 89.

3 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974, BRT/SABAM, 127/73, Rec. 1974, p. 51.

4 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1986, Ministerio Público/Lukas Asjes y otros, asuntos acumulados 209 a 213/84, Rec. 1986, p. 1457.

5 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, Comisión/República Francesa, 167/73, Rec. 1974, p. 359.

ya en el año 1981 [6] se había iniciado el procedimiento legislativo destinado a adoptar, para el sector del transporte aéreo, las disposiciones de aplicación previstas en el artículo 87 del Tratado CEE, de manera que las empresas interesadas tenían que prever la aprobación de una normativa al respecto.

17. El efecto directo del artículo 85 del Tratado CEE no ha quedado suspendido tampoco por el Reglamento nº 3976/87 del Consejo, relativo a la exención de determinadas categorías de acuerdos. Es verdad que, con arreglo al apartado 2 del artículo 2, la Comisión puede exceptuar de la prohibición del apartado 3 del artículo 85 determinadas categorías de acuerdos, de decisiones y de prácticas concertadas; lo anterior resulta aplicable también a las consultas en materia de tarifas. [7] En la vista, la Comisión manifestó que tenía la intención de actuar en ese sentido.

A pesar de los efectos retroactivos que el artículo 4 del Reglamento prevé para una exención de ese tipo, hoy no se puede aventurar ninguna hipótesis sobre el contenido que tendrá, ni siquiera sobre el extremo de si acabará adoptándose. En cualquier caso, la Comisión no tiene la obligación de acordarla. Pero en el supuesto de que se acordase, tendría que cumplirse.

18. Puede dejarse de lado la cuestión de saber qué efectos tendría una solicitud de exención que fuese presentada con arreglo al apartado 3 del artículo 85 sobre la prohibición del apartado 1, después de su presentación, pero antes de que se adoptase una decisión sobre la misma, puesto que, según indica la Comisión, todavía en la vista de 17 de marzo de 1988 no se había presentado ninguna solicitud de ese tipo.

19. Por consiguiente, es preciso hacer constar que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 se aplica al sector que regula el Reglamento nº 3975/87, es decir, al transporte aéreo internacional entre aeropuertos de la Comunidad.

b) Servicios aéreos regulares con terceros Estados

20. Por otra parte, la referida prohibición no se circunscribe a los vuelos internacionales *dentro* de la Comunidad; ha de aplicarse también a las tarifas acordadas *en lo relativo a la parte internacional intracomunitaria de los vuelos regulares procedentes de los terceros Estados o con destino a los mismos,* cuando dichos vuelos, en razón de las escalas en aeropuertos situados dentro de la Comunidad, comprendan tramos intracomunitarios sujetos a las tarifas. Concretamente, el Reglamento nº 3975/87 no excluye la aplicación de dicha prohibición, puesto que, según ha expuesto de manera convincente la Comisión, de la génesis de dicho Reglamento se deduce que el mismo no determina con carácter exhaustivo el ámbito de aplicación de los artículos 85 y siguientes del Tratado CEE en el sector del transporte aéreo.

21. Como ya expusimos en nuestras conclusiones de 24 de septiembre de 1985 en los asuntos acumulados 209 a 213/84, [8] el Derecho comunitario sobre la competencia po-

6 — Véase la propuesta de la Comisión de 10 de noviembre de 1981, DO 1981, C 291, p. 4.

7 — Véase el tercer guión del apartado 2 del artículo 2 del Reglamento nº 3976/87.

8 — Principalmente la parte B, apartados 5 y 6, Rec. 1986, pp. 1451 y ss.

drá aplicarse también a situaciones basadas en relaciones con terceros países cuando los acuerdos o prácticas concertadas puedan tener efectos dentro de la Comunidad.

22. Los intercambios entre los Estados miembros, en efecto, pueden verse afectados de la manera indicada, no sólo por conductas que tengan incidencia en materia de competencia y que se relacionen con el transporte aéreo intracomunitario, sino también por prácticas que se relacionen con el transporte aéreo entre los Estados miembros y los terceros países. Es así como, por ejemplo, los acuerdos sobre tarifas relativos al tráfico entre un determinado aeropuerto de un país tercero y los aeropuertos situados dentro de la Comunidad pueden eventualmente dar lugar a desviaciones del tráfico comercial dentro de la Comunidad.[9] No obstante, corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros investigar y, en su caso, hacer constar las mencionadas repercusiones.

23. En materia de los servicios aéreos regulares con los terceros Estados, la jurisprudencia que se desprende de la sentencia de 30 de abril de 1986 en los asuntos acumulados 209 a 213/84 reviste las siguientes particularidades: según el Tribunal de Justicia, el artículo 85 del Tratado CEE sólo podrá aplicarse si una autoridad nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del Tratado CEE, o la Comisión, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 89 del Tratado CEE, declaran que las tarifas en cuestión son el resultado de acuerdos, de decisiones de asociaciones de empresas o de prácticas concertadas que sean contrarias al artículo 85 del Tratado CEE.

9 — A título de ejemplos pueden citarse los acuerdos relativos a las tarifas aplicables en las líneas Londres-Nueva York y Bruselas-Nueva York, o bien Copenhague-Zurich y Copenhague Basilea/Mulhouse (un aeropuerto de la Comunidad).

2. *Segunda cuestión (explotación abusiva de una posición dominante)*

24. En lo relativo a la *segunda cuestión* planteada por el Bundesgerichtshof, es preciso antes de nada observar que, en los procedimientos con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, el Tribunal de Justicia carece de competencia para examinar el caso concreto, descrito por el órgano jurisdiccional remitente, en relación con el Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia debe limitarse a facilitar al órgano jurisdiccional remitente los criterios que le permitan resolver con independencia el litigio concreto de que se trate. En el caso de autos, por lo demás, el Tribunal de Justicia no estaría en condiciones de adoptar una decisión definitiva, puesto que no se le ha comunicado una gran parte de los hechos que generan la aplicación del artículo 86 del Tratado CEE.

a) Servicios aéreos regulares intracomunitarios

25. Dado que el Reglamento nº 3975/87 también determina, a tenor de su artículo 1, las normas de desarrollo del artículo 86 del Tratado CEE para los servicios del transporte aéreo internacional entre los aeropuertos de la Comunidad, la aplicación analógica de lo que antes se expuso con respecto al artículo 85 del Tratado CEE nos conduce a comprobar que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar el artículo 86 del Tratado CEE como una disposición dotada de efecto directo.

26. En lo relativo a las normas de desarrollo del artículo 86 del Tratado CEE, es preciso observar lo siguiente: a los órganos jurisdiccionales alemanes es a quienes corresponde determinar si es cierto que las autorizaciones de explotación para las compañías aéreas extranjeras están vinculadas a las tarifas de la Lufthansa, de manera que la Lufthansa sea la única que efectivamente

decida, bajo el control del Ministro federal de Transportes, sobre los precios que se apliquen a los vuelos que tengan su punto de origen o de destino en los aeropuertos de la República Federal de Alemania.

27. No obstante, para el caso de que la compañía extranjera no estuviese conforme con lo anterior, el tenor literal del artículo 86 del Tratado CEE basta para demostrar que una posición dominante en el mercado también puede estar ocupada conjuntamente por varias empresas. De este modo, por ejemplo, los participantes en una práctica colusoria o en acuerdos contrarios al Derecho comunitario en el sentido del artículo 85 del Tratado CEE pueden conjuntamente ocupar una posición dominante. [10] En cualquier caso, la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado CEE no excluye la del artículo 86.

28. Delimitar desde un punto de vista material el mercado de que se trata comporta cuestiones de apreciación relativamente más complejas. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para llevar a cabo dicho examen las posibilidades de competencia deben ser examinadas en el marco de un mercado que abarque la totalidad de los productos que, en función de sus características, sean particularmente adecuados para satisfacer necesidades constantes y poco intercambiables con otros productos. Determinar el mercado de que se trate sirve para valorar si las empresas afectadas tienen la posibilidad de obstaculizar el desarrollo de una efectiva competencia y la de actuar, en una medida apreciable, con independencia de sus competidores, de sus clientes y de los consumidores. [11]

29. En lo que atañe a los referidos criterios, parece que es preciso aprobar la tesis de la Comisión según la cual el mercado de los servicios de transporte en el sector de los vuelos regulares es el mercado que debe ser considerado desde el punto de vista material, y según la cual la mayoría de quienes demandan estos servicios son los pasajeros «regulares» y, en particular, los hombres de negocios, los funcionarios y los políticos, que necesitan con frecuencia que se les conduzca a determinados destinos a determinadas horas del día, y para quienes ni los vuelos «charter» ni otros medios de transporte suponen alternativa alguna, especialmente en los largos trayectos. Por consiguiente, la oferta de transporte en el sector de los vuelos regulares apenas si se encuentra en competencia con las ofertas de otros medios de transporte.

30. Desde el punto de vista geográfico, el mercado de que se trata en el caso de autos viene indicado por la disposición del artículo 21 de la Luftverkehrsgesetz: se trata del mercado de los servicios de transporte en el sector de los vuelos regulares con punto de partida en un aeropuerto situado en la República Federal de Alemania y con punto de destino en otros Estados miembros o en terceros Estados. [12]

31. A continuación, el órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar si las referidas rutas aéreas, consideradas conjuntamente, abarcan una parte sustancial del mercado común. A este respecto, la Comisión propuso llevar a cabo dicha comprobación utilizando criterios cuantitativos, tales como la superficie, la población y la importancia económica de los Estados a los que comunican entre sí las líneas aéreas de que se trate, así como el número de pasajeros que salgan

10 — Véase la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Coöperative Vereniging «Suiker Unie» y otras/Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, Rec. 1975, pp. 1663 y ss., especialmente pp. 1993, 1994, 1996 y 1997.

11 — Véase la sentencia de 9 de noviembre de 1983, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Comisión, 322/81, Rec. 1983, pp. 3461 y ss., especialmente p. 3504.

12 — El transporte aéreo de interior no entra dentro del campo de aplicación de la Directiva de 14 de diciembre de 1987.

y que lleguen en relación con la cuantía total de pasajeros de la Comunidad en vuelos regulares.

32. Teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados de la Comunidad de mediana importancia pueden ya ser considerados como una parte sustancial del mercado común, [13] deberá considerarse asimismo que los servicios aéreos regulares con punto de partida en la República Federal de Alemania constituyen una parte sustancial del mercado del transporte aéreo regular de la Comunidad.

33. Es preciso poner de relieve, por lo demás, que la situación de la República Federal de Alemania que se ha descrito no existe de manera aislada, sino que pueden comprobarse prácticas comparables en otros Estados miembros de la Comunidad. Por lo que respecta a Francia, esto ya se sabe desde los asuntos acumulados 209 a 213/84; y de los documentos que la Comisión ha presentado al Tribunal de Justicia se desprende que también se aplican acuerdos sobre tarifas de este tipo por lo menos en Bélgica, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, los Países Bajos y el Reino Unido.

34. Hasta ahora, los derechos de vuelo sobre las rutas aéreas internacionales referidas sólo se concedían generalmente a dos compañías aéreas en cada caso, es decir, a una compañía de cada uno de los Estados involucrados, lo que garantiza a las referidas empresas el dominio colectivo del mercado de que se trata. De este modo, como en gran medida las compañías aéreas se presentan ante el usuario formando una unidad, parece que hay que admitir la existencia de una posición dominante.

35. Como mediante sus acuerdos sobre tarifas las empresas participantes suprimen en lo esencial, en detrimento de los consumidores, con la excepción, quizá, de cierta competencia en la prestación del servicio, no sólo la competencia sobre precios y condiciones en cuanto tal, sino también, habida cuenta de las restricciones al acceso a las diferentes rutas aéreas, la posible competencia entre los participantes, dicha situación basta para caracterizar una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado. Esta conclusión viene corroborada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el cual, en su sentencia de 21 de febrero de 1973 en el asunto 6/72, [14] consideró que era suficiente para caracterizar una explotación abusiva el que una empresa que actuase sola o varias empresas que actuasen de consuno para dominar el mercado, obstaculizasen sustancialmente la competencia en el mercado de que se trate, con independencia de la forma y de los medios empleados al efecto.

36. Si se parte de dicho principio, no será necesario probar la existencia de alguna de las situaciones que tipifica el artículo 86 del Tratado CEE, en particular la existencia de los hechos que contempla la letra a) del párrafo 2 de dicho artículo, es decir, el hecho de imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas. Pero si se comparan, además, las tarifas aéreas intracomunitarias con las tarifas aéreas que se practican en los vuelos sobre el norte del Atlántico y que no se basan en acuerdos sobre tarifas, esta comparación de los precios pondría asimismo de manifiesto la existencia de

13 — Véanse las sentencias de 27 de marzo de 1974, Belgische Radio en Televisie y otros/SABAM y otros, 127/73, Rec. 1974, p. 313, y de 9 de noviembre de 1983, 322/81, ya citada.

14 — Véase la sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc./Comisión, 6/72, Rec. 1973, pp. 215 y ss, especialmente pp. 245 y ss.

una explotación abusiva de posición dominante.

37. No debiera suscitar duda alguna el hecho de que la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, que es preciso probar, puede asimismo afectar al comercio entre los Estados miembros. En la medida en que las tarifas acordadas se aplican a las líneas aéreas que comunican entre sí a dos o a varios Estados miembros, se encontrarán directamente afectados los intercambios intracomunitarios de prestaciones de servicios, que están asimismo incluidos en el artículo 86 del Tratado CEE. [15]

b) Servicios aéreos regulares con origen y destino en los terceros Estados

38. Se plantea ahora la cuestión de determinar si, en lo relativo a los servicios aéreos regulares con origen y destino en los terceros Estados, pueden aplicarse los mismos principios que en lo relativo a los servicios aéreos regulares internacionales entre aeropuertos de la Comunidad.

39. La Comisión de las Comunidades Europeas ha mantenido al respecto el punto de vista según el cual los principios elaborados en los asuntos acumulados 209 a 213/84 en relación con el artículo 85 del Tratado CEE deben aplicarse a los servicios aéreos regulares *con los terceros Estados* en el marco, asimismo, del artículo 86 del Tratado CEE, con la consecuencia de que dicho artículo no puede tener efectos jurídicos directos en tanto las autoridades nacionales no hayan actuado de conformidad con el artículo 88 o en tanto la Comisión no haya actuado de conformidad con el apartado 2 del artículo 89 del Tratado CEE.

40. Teniendo en cuenta las diferencias estructurales existentes entre el artículo 85 y el artículo 86 del Tratado CEE, esta opinión no nos parece convincente.

41. En primer lugar es preciso observar que, según ha declarado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 30 de abril de 1974 en el asunto 155/73, [16] el artículo 86 del Tratado CEE es directamente aplicable. Esta aplicabilidad es la consecuencia directa de la realización del acto sobre el que versa la prohibición, sin que al efecto resulte necesaria una decisión previa. Por otra parte, a diferencia de lo que resulta de lo establecido en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE, en dicho Tratado no se prevé excepción alguna a la prohibición de la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, [17] excepción que, por lo demás, no resulta concebible; el abuso no puede ser objeto de autorización, por lo menos en una Comunidad que reconoce como principio superior la supremacia del Derecho. Incluso un Reglamento del Consejo que declarase compatibles con el artículo 86 del Tratado CEE determinadas prácticas, habría de ser objeto de un examen a la luz de dicho artículo. Así pues, el razonamiento relativo a la aplicabilidad meramente parcial del artículo 85 del Tratado CEE, razonamiento que el Tribunal de Justicia elaboró en su sentencia de 6 de abril de 1962 en el asunto 13/61 y que reprodujo en su sentencia de 30 de abril de 1986 en los asuntos acumulados 209 a 213/84, no resulta aplicable al artículo 86 del Tratado CEE, cuya estructura es diferente.

15 — Véase la sentencia del Tribual de Justicia de 14 de julio de 1981, Gerhard Züchner/Bayerische Vereinsbank AG, 172/80, Rec. 1981, pp. 2021 y ss., especialmente p. 2032.

16 — Véase la sentencia de 30 de abril de 1974, Giuseppe Sacchi, 155/73, Rec. 1974, pp. 409 y ss., especialmente p. 431.

17 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, ya citada, 6/72, pp. 246 y ss.

42. Tampoco la consideración del principio de seguridad jurídica conduce a un resultado diferente. Al no existir ninguna posibilidad de exención de la prohibición del artículo 86 del Tratado CEE, es suficiente, al margen de la regulación de la aplicación de medidas coercitivas, la cual, sin embargo, no es objeto del presente litigio, con regular el procedimiento para obtener un certificado de carácter negativo. En lo relativo al transporte aéreo *intracomunitario,* la expedición del certificado de carácter negativo está regulada en el apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 3975/87, en los términos siguientes:

«A solicitud de las empresas o consorcios de empresas interesados, la Comisión podrá atestiguar que sobre la base de los datos que obran en su poder, no hay motivos, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 o el artículo 86 del Tratado, para tomar medidas con respecto a un acuerdo, decisión o práctica concertada.»

43. En lo relativo al transporte aéreo *extracomunitario,* es preciso aplicar los artículos 89 y 155 del Tratado CEE. Según dichas disposiciones, la Comisión puede emitir, si lo estima necesario, un dictamen relativo al extremo de si una determinada estructura de tarifas infringe el artículo 86.

44. A diferencia de la declaración de exención emitida con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE, no vinculan a los Tribunales ni el certificado expedido en aplicación del artículo 3 del Reglamento nº 3975/87 ni el dictamen emitido con arreglo a los artículos 155 y 89 del Tratado CEE. Tampoco podría modificar este resultado una normativa en materia de transporte aéreo extracomunitario. Por consiguiente, el hecho de que no exista no puede constituir un obstáculo para la aplicación del artículo 86 del Tratado CEE.

45. Incluso sin disposiciones particulares, resultan concebibles la solicitud de un certificado de carácter negativo y la expedición de dicho certificado por la Comisión, de manera que la aplicación íntegra del artículo 86 del Tratado CEE no está supeditada a la regulación de dicha cuestión en el Derecho positivo.

46. La práctica seguida hasta este momento aplica asimismo, con carácter repetido, otro aspecto de las normas sobre competencia del Tratado CEE sin que hayan sido adoptados los correspondientes Reglamentos de aplicación. Se trata de la regulación de las ayudas estatales en los artículos 92 y siguientes del Tratado CEE. Aunque el Consejo no haya adoptado los Reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CEE, a que se refiere el artículo 94 del mismo, las instituciones comunitarias aplican los referidos artículos, y ello no sólo en las relaciones entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros, sino también en las relaciones con los terceros beneficiarios de las ayudas o incluso con quienes contratan con ellos, como lo demuestran, por ejemplo, las sentencias de 10 de julio de 1986 en los asuntos 234/84 y 40/85, [18] precisamente en lo relativo a la adquisición de participaciones en las empresas, llevadas a cabo con violación del Derecho comunitario. Este punto de vista tiene su justificación en el hecho de que, en una Comunidad cuya actividad supone «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común», [19] no pueden tolerarse las ayudas

18 — Véanse las sentencias de 10 de julio de 1986, Reino de Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. 1986, p. 2263, y de 10 de julio de 1986, Reino de Bélgica/Comisión, 40/85, Rec. 1986, p. 2321.

19 — Letra f) del artículo 3 del Tratado CEE.

estatales que falseen la competencia, sobre todo treinta años después de la creación de dicha Comunidad.

47. Idéntico razonamiento se aplica asimismo a la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado. No puede ser objeto de autorización. El régimen de expedición de certificados de carácter negativo puede parecer una ventaja para los círculos interesados, pero su inexistencia no podría impedir la aplicación de una disposición que forma parte de los fundamentos del mercado común.

48. La sentencia de 30 de abril de 1986 en los asuntos acumulados 209 a 213/84 no contradice la referida tesis, puesto que, como hemos visto, dicha sentencia se refiere exclusivamente a una situación diferente, la del artículo 85 del Tratado CEE. Por consiguiente, queda excluida una aplicación extensiva.

49. En cualquier caso, y por lo que se refiere al artículo 86 del Tratado CEE, creemos que dicho artículo puede aplicarse aunque la Comunidad no haya hecho uso de las facultades que le confiere el artículo 87, aunque los Estados miembros no hayan hecho uso de las que les atribuye el artículo 88 y aunque la Comisión no haya hecho uso de las que le confiere el artículo 89 del Tratado CEE.

3. *Tercera cuestión*

50. Según se desprende de los fundamentos de derecho de la petición de decisión prejudicial, la *tercera* cuestión del Bundesgerichtshof tiene esencialmente por objeto esclarecer si la aprobación por las autoridades de los Estados miembros de las tarifas acordadas en materia de vuelos regulares resulta conforme con lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 5 del Tratado CEE en relación con el apartado 1 del artículo 90, y cuáles serían, en su caso, las consecuencias jurídicas que habría que deducir de una respuesta negativa a dicha cuestión. Por otra parte, es preciso averiguar si las aprobaciones de tarifas acordadas en materia de vuelos regulares y contrarias al Derecho comunitario corresponden exclusivamente a las facultades de inspección de la Comisión, o si los órganos jurisdiccionales nacionales son también competentes al efecto, suponiendo que la Comisión no haya formulado ninguna crítica con respecto a tales aprobaciones. En otras palabras, es preciso determinar si el artículo 90 ha establecido en relación con las aprobaciones estatales una regulación particular que suponga una excepción a la regulación general de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE.

51. En lo relativo a la primera parte de dicha cuestión, es preciso remitirse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sentada en el ínterin, según la cual los Estados miembros tienen la obligación de no adoptar ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia plena de las normas sobre competencia aplicables a las empresas.[20] Lo anterior es también válido para las empresas públicas, corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros determinar si se trata en el caso de autos de semejantes empresas, puesto que el artículo 90 del Tratado CEE no constituye sino una aplicación particular de ciertos principios generales que se imponen a los Estados miembros, y dado que, por consiguiente, tiene carácter declarativo.[21]

52. Según la sentencia de 30 de abril de 1986 en los asuntos acumulados 209 a 213/84, en lo relativo al período y al sector para los que, en materia de transporte aé-

20 — Véanse las sentencias de 30 de abril de 1986, asuntos acumulados 209 a 213/84, ya citados, así como la de 1 de octubre de 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/Sociale Dienst van de plaatselijke en gewestelijke Overheidsdiensten, 311/85, Rec. 1987, p. 3801.

21 — Véase la sentencia de 16 de noviembre de 1977, GB-Inno-BM/Vereniging van der Kleinhandelaars in Tabak, 13/77, Rec. 1977, pp. 2115 y ss., especialmente p. 2146.

reo, no se haya adoptado ninguna medida de aplicación de conformidad con el artículo 87 del Tratado CEE, únicamente se estará ante un incumplimiento por parte del Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud de la letra f) del artículo 3, el artículo 85 y el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE en el caso de que la incompatibilidad de los mencionados acuerdos con el artículo 85 ya haya sido declarada formalmente, bien por las autoridades del Estado miembro con arreglo al artículo 88, bien por la Comisión con arreglo al artículo 89. Teniendo en cuenta que hasta este momento no se han efectuado dichas declaraciones, lo anterior resulta aplicable a todas las aprobaciones llevadas a cabo con anterioridad al 1 de enero de 1988 y a las otorgadas con posterioridad a dicha fecha en lo relativo a las tarifas aéreas regulares con los terceros Estados.

53. Por lo que atañe a las aprobaciones de tarifas llevadas a cabo con posterioridad al 1 de enero de 1988 en lo relativo al transporte aéreo internacional entre aeropuertos de la Comunidad, deben cumplirse a partir de ahora los actos del Consejo de 14 de diciembre de 1987, especialmente las disposiciones de la Directiva 87/601 sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros. Con arreglo al artículo 4 de la Directiva, las tarifas aéreas regulares estarán supeditadas a la aprobación por parte de las autoridades aeronáuticas de los Estados interesados. Con arreglo a la letra a) del artículo 2, se entenderá por tarifas de transporte aéreo regular los precios que deben pagarse en la moneda nacional correspondiente por el transporte. Como las tarifas aéreas regulares deben, pues, por regla general, ser aprobadas en cada caso en dos monedas diferentes, los Estados miembros dejarán de tener en el futuro la posibilidad de aprobar tarifas aéreas regulares obligatorias únicamente en su propia moneda.

54. La Comisión ha propuesto que el resultado al que se ha llegado en lo relativo al artículo 5, a la letra f) del artículo 3 y a los artículos 40 y 45 del Tratado CEE se haga extensible al incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 del Tratado CEE, considerado en relación con la letra f) del artículo 3, apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 de dicho Tratado. Habida cuenta del resultado al que hemos llegado en la segunda parte de la respuesta a la segunda cuestión, no podemos aprobar esa extensión. A nuestro juicio, pues, un Estado miembro incumple las obligaciones a que se ha hecho referencia más arriba desde el momento en que los hechos que contempla el artículo 86 del Tratado CEE se lleven a cabo por las empresas de que se trate y, no obstante, el Estado miembro acuerde la aprobación. No es necesaria, a nuestro juicio, una declaración formal de que el artículo 86 del Tratado CEE ha sido infringido.

55. Esta conclusión nos conduce ya a la respuesta a la segunda parte de la tercera cuestión del Bundesgerichtshof. Desde el momento en que conste que una disposición nacional resulta contraria al párrafo 2 del artículo 5 del Tratado CEE, no podrá ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales. Lo anterior debe ser válido de la misma manera para todos los actos nacionales que se basen en dicha disposición nacional.

56. No creemos que en el caso de autos sea necesario aplicar el apartado 3 del artículo 90 del Tratado CEE, habida cuenta de que las normas generales sobre la competencia resultan aplicables en virtud del apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE, y de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ínterin sentada, el apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE no puede ser objeto de aplicabilidad directa.[22] El apartado 3 del artículo 90 del Tratado CEE se

22 — Véanse las sentencias de 14 de julio de 1971, Ministerio Fiscal luxemburgués/M. Müller, viuda de J. P. Hein y otros, 10/71, Rec. 1971, pp. 723 y ss., especialmente p. 730, así como la de 10 de marzo de 1983, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage y otros/ Groupement d'intérêt économique «Inter-Huiles» y otros, 172/82, Rec. 1983, pp. 555 y ss., especialmente p. 567.

limita a conferir a la Comisión facultades suplementarias; pero no excluye la aplicabilidad de las normas generales del Tratado.

4. *Ámbito de aplicación temporal de una decisión de prohibición*

57. Tanto las demandadas en el litigio principal como la Comisión pidieron al Tribunal de Justicia que precisase en su sentencia que una eventual decisión que decretase la cesación podría quedarse sin objeto en caso de que el Derecho comunitario se modificase en el futuro. Que estas preocupaciones están plenamente justificadas se desprende de las reflexiones que hemos hecho más arriba y según las cuales el Reglamento nº 3975/87 sin duda no constituye una regulación exhaustiva, así como del artículo 8 del Reglamento nº 3976/87, del artículo 12 de la Directiva 87/601 y del artículo 14 de la Decisión 87/602, según los cuales el Consejo decidirá sobre la revisión de dichos actos *a más tardar el 30 de junio de 1990.* Por otra parte, en aplicación de los artículos 85, 86, 88 y 89 del Tratado CEE, la Comisión y las autoridades de los Estados miembros pueden actuar en materia de transporte relativo a los terceros países, creando de este modo las condiciones de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Podría suceder que este nuevo Derecho comunitario fuese distinto del Derecho en el que se basa la sentencia que decretase la cesación, y que tuviese prioridad sobre el mismo. Los órganos jurisdiccionales alemanes deben tener en cuenta este dato.

C. Conclusión

58. A la vista de todo cuanto antecede, proponemos al Tribunal de Justicia que a las cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof responda de la siguiente manera:

«1) En el estado actual del Derecho comunitario, los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre tarifas aplicables a los vuelos regulares, de los que sean parte una o varias empresas de transporte aéreo con domicilio social situado en algún Estado miembro de la Comunidad, serán nulos de pleno derecho con arreglo al apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE, por infringir el apartado 1 de dicho artículo:

— cuando versen sobre el transporte aéreo internacional entre aeropuertos de la Comunidad;

— cuando versen sobre el transporte aéreo relacionado con los terceros Estados y, además, se haya declarado con arreglo a los requisitos formales y a los procedimientos del artículo 88 o del apartado 2 del artículo 89 del Tratado CEE que las referidas tarifas son el resultado de acuerdos, de decisiones de asociaciones de empresas o de prácticas concertadas que resultan contrarias al artículo 85 del Tratado CEE.

»2) La percepción, con exclusión de cualquier otra, de dichas tarifas aplicables a los vuelos regulares en el transporte internacional entre aeropuertos de la Comunidad o en el transporte con los terceros Estados puede al mismo tiempo constituir, en caso de que se produzcan los hechos a que se refiere el artículo 86 del Tratado CEE, una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común; la percepción de las referidas tarifas está prohibida en el transporte con los terceros Estados en virtud del artículo 86 del Tratado CEE, incluso a falta de una declaración en ese sentido efectuada con arreglo a los requisitos formales y según los procedimientos del artículo 88 o del apartado 2 del artículo 89 del Tratado CEE.

»3) En la medida en que las aprobaciones se refieran a tarifas aéreas de vuelos regulares que sean contrarias al Derecho comunitario a tenor de las respuestas 1 y 2, deberá considerarse que dichas aprobaciones comportan un incumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 5 en relación con la letra f) del artículo 3 y con los artículos 85, 86 y 90 del Tratado CEE, sin que resulte necesario que la Comisión realice una declaración especial de dicho incumplimiento con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CEE.»