# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ apresentadas em 28 de Abril de 1988 *

*Senhor Presidente,*
*Senhores Juízes,*

## A — Os factos

1. No pedido de decisão prejudicial formulado pelo Bundesgerichtshof, sobre que apenas hoje tomo posição em virtude de, na sequência de trabalhos legislativos do Conselho, ter sido considerado necessário prolongar a fase oral do processo, põe-se de novo a questão de saber em que medida os acordos restritivos da concorrência celebrados por empresas de transportes aéreos, atenta a situação actual do direito comunitário, gozam ainda de protecção contra a sua não observância por terceiros.

2. Os factos que estão na base do processo principal pendente nos tribunais alemães são os seguintes:

3. Nos termos da decisão de reenvio do Bundesgerichtshof, as empresas Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH, demandadas na primeira instância e recorrentes na segunda (doravante «demandadas»), vendem na República Federal da Alemanha bilhetes de avião cujos preços são, em parte, inferiores em mais de 60 % aos homologados pelas autoridades alemãs. Para o efeito, compram bilhetes de avião fora da República Federal da Alemanha, aos preços praticados no local da compra e, segundo o que deles consta, válidos para uma viagem aérea iniciada no país da compra, com escala num aeroporto alemão e destino para o de um país terceiro. O interesse da venda destes bilhetes consiste em tirar vantagem das diferenças existentes nas paridades monetárias e nas tarifas entre a República Federal da Alemanha e outros países, como consequência da divergente evolução do preço de venda da IATA (International Air Transport Association) e da taxa de câmbio oficial.

4. Tal prática viola o disposto no artigo 21.° da Luftverkehrsgesetz (lei sobre o transporte aéreo), na interpretação dada por despacho do ministro federal dos Transportes comunicado à Deutsche Lufthansa em 15 de Abril de 1981 e a todas as empresas de transportes aéreos estrangeiras, em 9 de Fevereiro do ano seguinte. Os preços de tranportes homologados, no seu conjunto, pelo ministro federal dos Transportes nos termos do artigo 21.° da Luftverkehrsgesetz, relativamente aos que tiverem início na República Federal da Alemanha são aprovados e tornados obrigatórios apenas como preços em marcos alemães e são aplicáveis a todos os transportes cujo efectivo local de partida se situe neste país. O representante das demandadas afirmou a este respeito, na fase oral do processo, que «na prática, as autorizações de exploração concedidas às

* Língua original: alemão.

transportadoras aéreas estrangeiras para escala estão ligadas aos preços da Lufthansa ».

5. Contra as enunciadas práticas comerciais das demandadas não se levantaram, no presente processo, nem o ministro federal dos Transportes, nem a Lufthansa, nem as transportadoras aéreas cujos bilhetes são vendidos a preços em marcos alemães, mas a demandante, associação que tem por objectivo combater e perseguir judicialmente as violações da Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lei contra a concorrência desleal). A pedido daquela associação, os tribunais alemães, em primeira e segunda instância, ordenaram que a demandada deixasse, no futuro, de «oferecer ou vender bilhetes de avião para linhas aéreas além-fronteiras, com partida efectiva na República Federal da Alemanha, a preço abaixo das tarifas homologadas pelo ministro federal dos Transportes, ainda que se trate de bilhetes em que figure como ponto de partida da viagem um aeroporto situado fora da República Federal da Alemanha ».

6. Segundo o pedido de decisão prejudicial de 30 de Janeiro de 1986, o litígio objecto do processo principal abrange tanto a venda de bilhetes de avião emitidos na República Federal da Alemanha para voos de um aeroporto interno a preços abaixo da tarifa como a de bilhetes de avião emitidos no estrangeiro para voos com partida de outro país e destino em país terceiro após escala na República Federal da Alemanha.

7. Segundo as considerações do Bundesgerichtshof no pedido de decisão prejudicial, devia ser negado o provimento ao recurso das demandadas se se aplicasse exclusivamente o direito alemão. Todavia, o Bundesgerichtshof pôs em dúvida a conformidade do sistema de tarifas para as linhas aéreas com o direito comunitário. Efectivamente, as tarifas homologadas pelo ministro federal baseiam-se em acordos tarifários celebrados pelas empresas transportadoras aéreas interessadas, em regra multilateralmente, no quadro da IATA, ou bilateralmente. Deste modo, é quase suprimida a concorrência de preços entre as companhias aéreas. Impõe-se, por isso, averiguar se os referidos acordos são compatíveis com as alíneas a) e b) do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CEE e se o transporte de passageiros das linhas regulares exclusivamente com base nas tarifas acordadas unilateral ou multilateralmente deve ser considerado como exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum (artigo 86.° do mesmo Tratado). Deve ainda esclarecer-se se a homologação pelas autoridades dos Estados-membros das tarifas aéreas acordadas para os serviços aéreos regulares é compatível com o n.° 2 do artigo 5.° e n.° 1 do artigo 90.°, ambos do Tratado CEE, e se a verificação desta matéria é da competência exclusiva da Comissão, nos termos do n.° 3 do citado artigo 90.°

8. Com estes fundamentos, o Bundesgerichtshof apresentou ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, para decisão a título prejudicial, as seguintes questões:

«Convenções bilaterais ou multilaterais sobre tarifas aplicáveis aos voos regulares (por exemplo, as resolução da IATA) em que sejam partes uma ou várias empresas de transporte aéreo cuja sede se situe num Estado-membro da CEE são nulas nos termos do n.° 2 do artigo 85.° do Tratado CEE, por violação do n.° 1 do artigo 85.° do mesmo Tratado, ainda que nem a autoridade do Estado-membro (artigo 88.° do Tratado CEE) nem a Comissão (artigo 89.° do mesmo Tratado) tenham declarado a incompatibilidade daquelas convenções com o disposto naquele artigo 85.° do Tratado CEE?

A aplicação exclusiva de tais tarifas aos voos regulares constitui abuso de posição dominante no mercado comum, nos termos do artigo 86.° do Tratado CEE?

A homologação daquelas tarifas pela autoridade de tutela de um Estado-membro é incompatível com os artigos 5.°, n.° 2, e 90.°, n.° 1, do Tratado CEE e, por isso, nula, ainda que a Comissão não tenha formulado reparos a tal acordo (n.° 3 do artigo 90.° do Tratado CEE)? »

9. Estas questões foram objecto de observações escritas e, na audiência de 6 de Maio de 1987, de observações orais, apresentadas pelas demandadas no processo principal e pela Comissão das Comunidades Europeias.

10. Tendo o Conselho, em 14 de Dezembro de 1987, aprovado uma série de actos de regulamentação dos transportes aéreos internacionais no *interior* da Comunidade, as partes apresentaram de novo observações escritas e orais.

11. A estas observações, bem como ao conteúdo dos documentos apresentados pela Comissão das Comunidades Europeias após a primeira parte da fase oral do processo, voltarei no âmbito destas conclusões. No mais, remeto para o conteúdo do relatório para audiência.

## B — Parecer

12. Como referi, o Conselho aprovou, em fins de 1987, um conjunto de instrumentos de regulamentação do tráfego aéreo internacional no interior da Comunidade [1]. Para responder às questões apresentadas para decisão prejudicial pelo Bundesgerichtshof é, assim, necessário analisar a situação jurídica dos serviços aéreos regulares no interior da Comunidade separadamente da dos mesmos serviços em estados terceiros.

### 1. *Sobre a primeira questão*

13. Com ela pretende o Bundesgerichtshof, substancialmente, saber se o artigo 85.° do Tratado CEE é directamente aplicável quando não tenham intervindo nem as autoridades de um Estado-membro, nos termos do artigo 88.° do Tratado CEE, nem a Co-

1 — Regulamento n.° 3975/87 do Conselho, de 14 de Dezembro de 1987, que estabelece o procedimento relativo às regras da concorrência aplicáveis às empresas do sector dos transportes aéreos; Regulamento n.° 3976/87 do Conselho, de 14 de Dezembro de 1987, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos e de práticas concertadas no sector dos transportes aéreos; directiva do Conselho de 14 de Dezembro de 1987, relativa às tarifas dos serviços aéreos regulares entre Estados-membros (87/601/CEE); decisão do Conselho de 14 de Dezembro de 1987, relativa à partilha da capacidade de transportes de passageiros entre transportadoras aéreas nos serviços aéreos regulares entre Estados-membros e ao acesso das transportadoras aéreas às rotas dos serviços aéreos regulares entre Estados-membros (87/602/CEE); JO 1987, L 374, p. 1 e seguintes.

missão, nos termos do n.° 2 do artigo 89.° do mesmo Tratado.

a) Sobre os transportes aéreos intracomunitários

14. Já no acórdão de 6 de Abril de 1962, proferido no processo 13/61 [2], o Tribunal reconheceu, no plano dos princípios, a aplicabilidade do artigo 85.° do Tratado a partir da sua entrada em vigor. No acórdão de 30 de Janeiro de 1974, proferido no processo 127/73 [3], o Tribunal declarou expressamente que a competência dos tribunais dos Estados-membros para aplicação do direito comunitário derivava do seu efeito directo. Porque as proibições contidas no n.° 1 do artigo 85.° e no artigo 86.° do Tratado CEE, pela sua própria natureza, são aptas a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, criam directamente também na sua esfera jurídica, direitos que os tribunais dos Estados-membros têm o dever de proteger.

15. As reservas que levaram o Tribunal, no referido acórdão de 6 de Abril de 1962, proferido no processo 13/61, e mais tarde no de 30 de Abril de 1986, nos processos apensos 209 a 213/84 [4], a limitar o efeito prático da mencionada declaração de aplicabilidade directa do artigo 85.° do Tratado deixaram de ter fundamento a partir da aprovação dos instrumentos regulamentadores de 14 de Dezembro de 1987. Efectivamente, o artigo 5.° do Regulamento n.° 3975/87 regula a aplicação, no futuro, do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CEE; além disso, o artigo 2.° do Regulamento n.° 3976/87 atribui à Comissão competência para isentar certas categorias de acordos e de práticas concertadas no sector dos transportes aéreos da aplicação da proibição do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CEE. O artigo 85.° do mesmo Tratado é, assim, aplicável na sua integralidade, a partir de 1 de Janeiro de 1988, aos transportes aéreos *internacionais* no interior da Comunidade. Isto é, os acordos e decisões referidos no n.° 1 do artigo 85.° são nulos, nos termos do n.° 2 da mesma disposição, se não beneficiarem de isenção segundo os regulamentos n.os 3975/87 e 3976/87.

16. Isto não é impedido pelo facto de o referido regulamento não conter disposições transitórias em relação aos antigos acordos, como se verificava ainda no artigo 5.° do Regulamento n.° 17. Como o Tribunal já decidira, no acórdão de 4 de Abril de 1974, proferido no processo 167/73 [5], que, se os transportes aéreos, desde que o Conselho não tenha decidido em contrário, continuam efectivamente subtraídos à política comum de transportes, estão todavia sujeitos às regras gerais do Tratado, está desde há muito estabelecido que as regras do Tratado sobre concorrência lhes são igualmente aplicáveis. De resto, esta aplicabilidade não podia permanecer ignorada das transportadoras aéreas comunitárias uma vez que a Comissão das Comunidades Europeias, com base no artigo 89.° do Tratado CEE, tinha iniciado averiguações para ajuizar da compatibilidade das práticas dessas empresas com o referido Tratado. Além disso, o processo legislativo de adopção de disposições de aplicação nos termos do artigo 87.° do Tratado CEE relativamente ao sector dos transportes

2 — Acórdão do Tribunal de 6 de Abril de 1962, no processo 13/61, Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/ /Robert Bosch GmbH e outros, Recueil, p. 89.

3 — Acórdão do Tribunal de 30 de Janeiro de 1974, no processo 127/73, BRT/Sabam, Recueil, p. 51.

4 — Acórdão do Tribunal de 30 de Abril de 1986, nos processos apensos 209 a 213/84, Ministério Público/Lukas Asjes e outros, Colect., p. 1457.

5 — Acórdão do Tribunal de 4 de Abril de 1974, no processo 167/73, Comissão/República Francesa, Recueil, p. 359.

aéreos havia já sido iniciado no ano de 1981[6], de modo que as empresas em causa deviam contar com a correspondente regulamentação.

17. O efeito directo do artigo 85.° do Tratado CEE também não é suspenso pelo Regulamento n.° 3976/87 do Conselho, que prevê isenções por categorias. Na verdade, nos termos do n.° 2 do artigo 2.°, a Comissão pode isentar determinados grupos de acordos, decisões e práticas concertadas da proibição do n.° 3 do artigo 85.°, isenção aplicável igualmente às consultas em matéria de tarifas[7]. No decurso da audiência, declarou que projectava fazê-lo.

Apesar da retroactividade prevista no artigo 4.° do regulamento para uma isenção deste tipo, nada pode ainda dizer-se sobre o conteúdo que terá ou mesmo se chegará a verificar-se. A Comissão não é, em todo o caso, obrigada a concedê-la. Todavia, se fosse concedida, teria de ser respeitada.

18. A questão de saber qual o efeito duma possível apresentação, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, de um pedido de isenção da proibição prevista no seu n.° 1 em relação ao período em que o pedido foi apresentado, mas sobre que não houve ainda decisão, pode ser deixada em suspenso uma vez que, segundo informação da Comissão e até à audiência de 17 de Março de 1988, nenhum pedido desse tipo foi apresentado.

6 — Ver proposta da Comissão de 10 de Novembro de 1981, JO 1981, C 291, p. 4.

7 — Ver artigo 2.°, n.° 2, terceiro travessão, do Regulamento n.° 3976/87.

19. Deve pois ter-se como assente que a proibição do n.° 1 do artigo 85.° se aplica ao âmbito de aplicação do Regulamento n.° 3975/87, isto é, aos transportes aéreos internacionais entre aeroportos da Comunidade.

b) Serviços aéreos regulares nos estados terceiros

20. Esta proibição não se limita, além disso, aos voos internacionais *no interior* da Comunidade; aplica-se igualmente aos acordos tarifários, *na parte intracomunitária internacional dos voos regulares de ou para estados terceiros*, sempre que, em virtude de escala em aeroportos no interior da Comunidade, contenham secções tarifárias intracomunitárias. A sua aplicação não é nomeadamente excluída pelo Regulamento n.° 3975/87, pois resulta da sua génese, como a Comissão convincentemente afirmou, não ter por objecto a regulamentação exaustiva da aplicação do artigo 85.° e seguintes do Tratado no sector dos transportes aéreos.

21. Como referi nas minhas conclusões de 24 de Setembro de 1985 apresentadas nos processos apensos 209 a 213/84[8], o direito comunitário pode ser também aplicado em

8 — Em especial, a parte B, n.os 5 e 6, Colect. 1986, p. 1451 e seguintes.

situações que envolvam relações com países terceiros quando acordos ou práticas concertadas que lhes respeitem possam produzir efeitos no interior da Comunidade.

22. Tal influência em relação às trocas comerciais entre os Estados-membros pode efectivamente resultar não só de comportamentos que incidam nos transportes aéreos intracomunitários, mas também de práticas relacionadas com o tráfego aéreo entre Estados-membros e países terceiros. Assim, por exemplo, acordos tarifários que tenham por objecto o tráfego aéreo entre um determinado aeroporto num país terceiro e aeroportos no interior da Comunidade podem, em certas circunstâncias, provocar desvios de tráfego no interior desta[9]. Cabe no entanto aos tribunais dos Estados-membros, se for o caso, averiguar e determinar se tais efeitos se produziram.

23. Relativamente aos serviços aéreos regulares com estados terceiros, segundo a jurisprudência do Tribunal decorrente do acórdão de 30 de Abril de 1986, proferido nos processos apensos 209 a 213/84, verifica-se a particularidade de o artigo 85.° do Tratado CEE só poder ser aplicado quando uma autoridade estadual, nos termos do artigo 88.° do mesmo Tratado, ou a Comissão, nos termos do n.° 2 do artigo 89.°, tiver verificado que as tarifas daqueles serviços são o resultado de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas contrárias àquele artigo 85.° do Tratado CEE.

9 — Podem citar-se, a título de exemplos teóricos, acordos sobre tarifas nas linha Londres-Nova Iorque e Bruxelas-Nova Iorque ou ainda Copenhaga-Zurique e Copenhaga-Bâle/ /Mulhouse (um aeroporto da Comunidade).

2. *Sobre a segunda questão (exploração abusiva de uma posição dominante)*

24. Quanto à *segunda questão* apresentada pelo Bundesgerichtshof, deve antes de mais salientar-se que o Tribunal, nos processos previstos no artigo 177.° do Tratado CEE, não tem competência para subsumir ao direito comunitário os factos concretos expostos pelo tribunal de reenvio. O Tribunal tem-se limitado a fornecer ao tribunal de reenvio os critérios que lhe permitem decidir autonomamente no litígio em causa. Além disso, o Tribunal não tinha possibilidade de, no caso em apreço, proferir uma decisão definitiva por não dispor de grande parte dos factos necessários à aplicação do artigo 86.° do Tratado CEE.

a) Sobre os serviços aéreos regulares intracomunitários

25. Porque o Regulamento n.° 3975/87, nos termos do seu artigo 1.°, regula igualmente as modalidades de aplicação do artigo 86.° do Tratado CEE ao tráfego aéreo internacional entre aeroportos da Comunidade, a transposição lógica do acima referido quanto ao seu artigo 85.° do Tratado CEE leva à conclusão de que o artigo 86.° do Tratado CEE deve ser aplicado, pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros, a título de norma de efeito directo.

26. Quanto às modalidades de aplicação do artigo 86.° do Tratado, formulo as seguintes observações: constitui matéria de facto a determinar pelos tribunais alemães saber se é exacto que as autorizações para o exercício de actividades de empresas estrangeiras

estão vinculadas às tarifas da Lufthansa de tal forma que, na realidade, é esta empresa, sob tutela do ministro federal dos Transportes, que decide quais os preços a praticar de e para os aeroportos da República Federal da Alemanha.

27. Todavia, mesmo quando a empresa estrangeira tenha uma palavra a dizer, o texto do artigo 86.° do Tratado CEE permite concluir que uma posição dominante no mercado pode ser também ocupada por um conjunto de várias empresas. Assim, por exemplo, os membros de um cartel ou os participantes em acordos contrários ao direito comunitário nos termos do artigo 85.° do Tratado CEE podem ocupar conjuntamente uma posição dominante [10]. De qualquer modo, a aplicabilidade do artigo 85.° do Tratado CEE não exclui a do seu artigo 86.° do Tratado CEE.

28. Algo mais difícil é a delimitação material do mercado em causa. Para esta averiguação devem, nos termos da jurisprudência do Tribunal, ser analisadas as possibilidades de concorrência no âmbito do mercado que abrange o conjunto dos produtos que, atentas as suas características, são especialmente aptos para a satisfação de uma necessidade constante e só de forma restrita passíveis de substituição por outros. Através da delimitação do mercado a ter em conta, avaliar-se-á se as empresas em causa estão em condições de restringir a manutenção de uma concorrência efectiva e de agir, em medida apreciável, de maneira independente face às suas concorrentes, aos seus clientes ou consumidores [11].

29. Em relação a estes critérios, parece de aceitar a opinião da Comissão de que o mercado a ter em conta é o das prestações de serviços de transportes no sector dos voos regulares. A grande procura destes serviços vem dos passageiros «regulares», em especial homens de negócios, funcionários e políticos, que frequentemente têm necessidade de transportes para determinados locais e a determinadas horas. Para estes não constitui uma alternativa um meio de transporte ocasional (voo *charter*), ou outros meios de transporte, em especial nas grandes distâncias. As ofertas de transporte nas linhas aéreas regulares não estão, assim, de modo algum em concorrência com as de outros meios de transporte.

30. O mercado geográfico relevante é-nos dado, no caso em apreço, pelo disposto no artigo 21.° da Luftverkehrsgesetz: trata-se do mercado dos serviços de transporte no sector dos voos regulares com partida de um aeroporto da República Federal da Alemanha e destino para outros Estados-membros ou em países terceiros [12].

31. Seguidamente, o órgão jurisdicional nacional terá de averiguar se estes trajectos aéreos constituem uma parte importante do mercado da Comunidade. A Comissão propôs, para o efeito, a decisão desta questão através do recurso a critérios quantitativos, tais como a superfície, volume de transportes e importância económica dos países ligados por estas linhas aéreas, bem como do número dos passageiros que chegam e par-

10 — Ver acórdão de 16 de Dezembro de 1975, nos processos apensos 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73, Coöperative Vereniging «Suiker Unie» UA e outros/Comissão, Recueil, p. 1663, 1993-1994 e 1996-1997.

11 — Ver acórdão de 9 de Novembro de 1983, no processo 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/ /Comissão, Recueil, p. 3461, em especial, p. 3504 e seguintes.

12 — Os transportes aéreos internos estão fora do âmbito da directiva de 14 de Dezembro de 1987.

tem, em relação ao total dos passageiros da Comunidade nos voos regulares.

32. Se, na jurisprudência do Tribunal, os Estados-membros da Comunidade de importância média podem ser já considerados como uma parte substancial dessa Comunidade [13], então os serviços aéreos regulares com partida da República Federal da Alemanha devem igualmente ser considerados uma parte importante do mercado dos transportes aéreos regulares da Comunidade.

33. De resto, deve observar-se que a situação descrita para a República Federal da Alemanha não deve ser considerada isoladamente, mas tendo em conta que em outros Estados-membros da Comunidade se podem constatar práticas semelhantes. Conhece-se, em relação à França, pelos processos apensos 209 a 213/84; resulta além disso dos documentos apresentados pela Comissão no Tribunal que, pelo menos também na Bélgica, Dinamarca, Grécia, Irlanda, Itália, Países Baixos e Reino Unido, se praticam acordos tarifários semelhantes.

34. Até aqui, em relação aos referidos trajectos aéreos internacionais, eram atribuídos em regra direitos de tráfego apenas a duas empresas transportadoras, isto é, uma de cada um dos estados interessados; assim se tornou possível a estas empresas o domínio, em conjunto, do mercado em causa. Porque as empresas transportadoras apareciam, assim, aos olhos do utilizador, em larga medida, como uma unidade, parece dever admitir-se a existência de uma posição dominante.

35. Porque as empresas participantes, mediante acordos tarifários, eliminavam, no essencial, em prejuízo dos utilizadores não só a concorrência no preço e condições, enquanto tal — posta de lado talvez uma certa concorrência nos serviços prestados — mas igualmente, atentas as restrições no acesso às diferentes rotas aéreas, a concorrência ainda possível entre os participantes, pode nestas condições ver-se já uma exploração abusiva da sua posição dominante. Esta conclusão encontra apoio na jurisprudência do Tribunal que, no acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, proferido no processo 6/72 [14], considerou já como um abuso um entrave substancial da concorrência no mercado em causa, levado a cabo mediante actuação conjunta de umas ou várias empresas nele dominantes, independentemente da forma e meios utilizados para o efeito.

36. Se se partisse deste princípio, seria dispensável fazer a prova da existência de um dos casos tipificados no artigo 86.° do Tratado, nomeadamente de tipificação dos factos constante na alínea a) do 2.° parágrafo do artigo 86.°, isto é, da imposição indirecta ou directa de preços de compra ou de venda ou de outras condições de transacção injustas. Se, todavia, se comparassem as tarifas aéreas intracomunitárias com as praticadas no Atlântico Norte, que não são afectadas pelos acordos tarifários, constatar-se-ia igualmente, mediante esta comparação de

13 — Ver os acórdãos de 27 de Março de 1974 no processo 127/73, Belgische Radio en Televisie e outros/SVSABAM e outros, Recueil 1974, p. 313, e de 9 de Novembro de 1983, no processo 322/81, já referido.

14 — Ver acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, no processo 6/72, Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc./Comissão, Recueil, p. 215, 245 e seguintes.

preços, a existência de um abuso de uma posição domimante do mercado.

37. Que a utilização abusiva de uma posição dominante, a determinar, é também susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros não deve merecer dúvidas. Na medida em que as tarifas homologadas sejam praticadas nas linhas aéreas que ligam um ou vários Estados-membros entre si, as trocas intracomunitárias de prestações de serviços, também abrangidas no âmbito do artigo 86.° do Tratado CEE [15], serão directamente afectadas.

b) Sobre os serviços aéreos regulares com partida de e destino a estados terceiros

38. Põe-se agora a questão de saber se os mesmo princípios podem aplicar-se aos serviços aéreos regulares de e para estados terceiros, bem como aos serviços aéreos regulares entre aeroportos da Comunidade.

39. A este respeito, a Comissão das Comunidades Europeias sustentou que aos serviços aéreos regulares *com estados terceiros* devem ser aplicados, também no quadro do artigo 86.° do Tratado CEE, os princípios desenvolvidos nos processos apensos 209 a 213/84, tendo como consequência que o artigo 86.° do Tratado CEE não pode ter qualquer efeito directo se as autoridades nacionais não tiverem actuado nos termos do artigo 88.°, ou a Comissão, nos do artigo 89.°, n.° 2 do Tratado CEE.

40. Atenta a diferença estrutural existente entre o artigo 85.° e o artigo 86.° do Tratado CEE, esta tese não me parece convincente.

41. Em primeiro lugar, deve notar-se que o artigo 86.° do Tratado CEE, como o Tribunal declarou no acórdão de 30 de Abril de 1984, proferido no processo 155/73 [16], é directamente aplicável. Esta aplicabilidade resulta directamente da realização do acto objecto da proibição, sem para tanto ser necessária prévia decisão. Além disso, ao contrário do previsto no artigo 85.°, n.° 3, do Tratado CEE, não se prevê neste [17] e também não é concebível uma isenção da proibição do abuso de uma posição dominante no mercado: o abuso não é susceptível de homologação, pelo menos numa Comunidade que reconhece a supremacia do direito como princípio superior. Mesmo um regulamento do Conselho que considerasse determinadas práticas compatíveis com o artigo 86.° do Tratado CEE devia ser examinado face a esta disposição. As considerações sobre a aplicabilidade apenas em parte do artigo 85.° do Tratado CEE que o Tribunal desenvolveu no acórdão de 6 de Abril de 1962, proferido no processo 13/61 e que retomou no acórdão de 30 de Abril de 1986, nos processos apensos 209 a 213/84, não podem aplicar-se ao artigo 86.° do mesmo Tratado CEE, estruturado de modo diferente.

15 — Ver acórdão do Tribunal, de 14 de Julho de 1981, no processo 172/80, Gerhard Züchner/Bayerische Vereinsbank AG, Recueil 1981, p. 2021, 2032.

16 — Ver acórdão de 30 de Abril de 1974, no processo 155/73, Giuseppe Sacchi, Recueil, p. 409, 431.

17 — Acórdão do Tribunal de 21 de Fevereiro 1973, no processo 6/72, já citado, p. 246 e seguintes.

42. Também a tomada em consideração do princípio da segurança jurídica não leva a resultado diferente. Como não existe a possibilidade de isenção da proibição prevista no artigo 86.° do Tratado CEE, apenas há necessidade, para além da regulamentação da aplicação de medidas compulsórias, fora de causa neste processo, estabelecer o processo de emissão de uma declaração negativa. Em relação aos transportes aéreos *intracomunitários*, a emissão de uma declaração negativa está regulamentada no artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 3975/87 como se segue:

«A pedido das empresas ou associações de empresas interessadas, a Comissão pode justificar que, com base nos factos de que dispõe, não existe fundamento para empreender qualquer acção ao abrigo do n.° 1 do artigo 85.° ou do artigo 86.° do Tratado contra determinado acordo, decisão ou prática concertada.»

43. Para os transportes aéros *extracomunitários*, aplicam-se os artigos 89.° e 155.° do Tratado CEE. Deles decorre que a Comissão, na medida em que o ache necessário, pode emitir parecer sobre a questão de saber se determinado regime tarifário viola o artigo 86.°

44. Nem a declaração proferida nos termos do n.° 3 do Regulamento n.° 3975/87 nem o aviso previsto nos artigos 155.° e 89.° do Tratado CEE são vinculativos para os tribunais, ao invés da declaração de isenção constante do n.° 3 do artigo 85.° do mesmo Tratado CEE. Também uma regulamentação desta questão relativamente aos transportes aéreos extracomunitários não poderia levar a outro resultado. Em consequência, a falta dessa regulamentação não pode impedir a aplicação do artigo 86.° do Tratado CEE.

45. Um pedido de emissão de uma declaração negativa e sua satisfação pela Comissão são, no entanto, concebíveis, mesmo sem disposições especiais, de forma que não é necessária uma regulamentação desta matéria em direito positivo para que o artigo 86.° do Tratado CEE seja plenamente aplicável.

46. Também uma outra parte das regras de concorrência do Tratado CEE tem sido até agora na prática aplicada sem terem sido aprovados os correspondentes regulamentos de aplicação: a regulamentação dos auxílios concedidos pelos estados constante do artigo 92.° e seguintes do Tratado CEE. Apesar de o Conselho não ter ainda emitido os regulamentos previstos no artigo 94.° do Tratado CEE para aplicação dos seus artigos 92.° e 93.° do Tratado CEE, estes são aplicados pelas instituições comunitárias, não apenas nas relações entre elas e os Estados-membros, mas igualmente com terceiros beneficiários de ajudas ou mesmo com os seus parceiros comerciais, como o demonstram, por exemplo, os acórdãos de 10 de Julho de 1986, proferidos nos processos 234/84 e 40/85 [18], precisamente em relação às exigências da restituição de participações nas empresas concedidas com violação do direito comunitário. Esta actuação encontra justificação jurídica no facto de, numa Comunidade cujo objectivo é «o estabelecimento de um sistema que garanta que a concorrência dentro da Comunidade não seja falseada» [19], não poderem ser toleradas, 30 anos após a fundação dessa Comuni-

18 — Ver acórdão de 10 de Julho de 1986, no processo 234/84, Reino da Bélgica/Comissão, Colect., p. 2263; acórdão de 10 de Julho de 1986, no processo 40/85, Reino da Bélgica/-Comissão, Colect., p. 2321.

19 — Artigo 3.°, alínea f), do Tratado CEE.

dade, auxílios estaduais que falseiem aquela concorrência.

47. O mesmo é válido para o abuso de uma posição dominante no mercado. Não é susceptível de autorização. O regime de declaração negativa pode ser vantajoso para o círculo de interessados, a sua falta não pode todavia limitar a aplicação de uma norma que faz parte dos fundamentos do mercado comum.

48. O acórdão de 30 de Abril de 1986 proferido nos processos apensos 209 a 213/84 não contraria esta tese, pois respeita apenas — como vimos — à situação diferente, prevista no artigo 85.° do Tratado CEE. Não é, pois, possível uma aplicação extensiva.

49. Relativamente ao artigo 86.° do Tratado CEE, sou, em todo o caso, da opinião de que pode ser aplicado mesmo que nem a Comunidade, nem os Estados-membros, nem a Comissão tenham feito uso dos poderes que lhes atribuem, respectivamente, os artigos 87.°, 88.° e 89.° do Tratado CEE.

3. *Sobre a terceira questão*

50. Com a *terceira* questão, o Bundesgerichtshof, de acordo com a fundamentação do seu pedido de decisão a título prejudicial, pretende fundamentalmente saber se a homologação, pelas autoridades dos Estados-membros, de tarifas aéreas convencionadas está em conformidade com o n.° 2 do artigo 5.°, conjugado com o artigo 90.° n.° 1, do Tratado CEE, e quais as consequências jurídicas, caso seja dada uma resposta negativa a esta questão. Mais deve ser esclarecido se as homologações de tarifas de voos regulares, contrárias ao direito comunitário, estão sujeitas exclusivamente ao controlo superior da Comissão ou também a impugnação mediante recurso aos tribunais nacionais no caso da Comissão as não ter posto em causa. Por outras palavras, deve ainda ser esclarecido se o artigo 90.° do Tratado CEE estabeleceu um regime especial para a homologação estadual que derroga o regime geral dos artigos 85.° e 86.° do mesmo Tratado.

51. Em relação à primeira parte desta questão, há que atender à jurisprudência do Tribunal entretanto estabelecida e segundo a qual os Estados-membros estão vinculados a não tomar ou manter em vigor quaisquer medidas susceptíveis de afastar o efeito útil das regras de concorrência entre empresas [20]. Isto vale igualmente para as empresas públicas — averiguar se é esse o caso caberá aos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros — uma vez que o artigo 90.° do Tratado CEE constitui apenas uma aplicação especial de princípios gerais que se impõem aos Estados-membros, tendo, assim, natureza declarativa [21].

52. Em relação ao período e sectores dos transportes aéreos para que não foi tomada medida de aplicação nos termos do artigo 87.° do Tratado CEE, apenas se verifica o

20 — Ver os acórdãos de 30 de Abril de 1986, nos processos apensos 209 a 213/84, já citados, e ainda de 1 de Outubro de 1987, no processo 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus/Sociale Dienst van de plaatselijke en gewestelijke Overheidsdiensten, Colect., p. 3801.

21 — Ver acórdão de 16 de Novembro de 1977, no processo 13/77, GB-Inno-BM/Vereniging van der Kleinhandelaars in Tabak, Recueil, p. 2115, 2146.

não cumprimento pelos Estados-membros das obrigações que lhes incumbem por força do disposto nos artigos 3.°, alínea f), 85.° e 90.°, n.° 1 do mesmo Tratado, segundo o acórdão de 30 de Abril de 1986 proferido nos processos apensos 209 a 213/84, se já tivesse sido estabelecida formalmente, pelas autoridades dos Estados-membros, nos termos do artigo 88.°, ou pela Comissão, nos do artigo 89.°, a incompatibilidade das convenções com o artigo 85.°, todos também daquele Tratado. Isto vale para as homologações concedidas em geral, antes de 1 de Janeiro de 1988 e, a partir desta data, para as concedidas para as tarifas aéreas regulares com estados terceiros.

53. As homologações de tarifas de transportes aéreos internacionais entre aeroportos da Comunidade concedidas após 1 de Janeiro de 1988 são actualmente aplicáveis os actos do Conselho de 14 de Dezembro de 1987, nomeadamente a Directiva 87/601, relativa às tarifas dos serviços aéreos regulares entre Estados-membros. As tarifas aéreas estão agora sujeitas à aprovação pelas autoridades aeronáuticas dos estados interessados, por força do disposto no artigo 4.° daquela directiva. Nos termos da alínea a) do seu artigo 2.°, consideram-se tarifas de transportes aéreos regulares os preços a pagar, na moeda nacional pelo transporte. Porque assim, as tarifas dos serviços aéreos regulares devem ser, em cada caso, homologadas em duas moedas diferentes, os Estados-membros só poderão, no futuro, autorizar tarifas de transportes aéreos regulares obrigatórias na sua própria moeda.

54. A Comissão propôs o alargamento da solução encontrada para os artigos 5.°, 3.° alínea f), 40.° e 85.° do Tratado CEE ao não cumprimento por um Estado-membro das obrigações decorrentes do artigo 5.° conjugado com os artigos 3.°, alínea f), 90.°, n.° 1, e 86.° do Tratado CEE. Atenta a solução a que cheguei na segunda parte da resposta à segunda pergunta, não posso, porém, apoiar esse alargamento. A meu ver, um Estado-membro não cumpre as referidas obrigações a partir do momento em que os factos previstos no artigo 86.° do Tratado CEE são praticados pelas empresas interessadas e, apesar disso, o Estado-membro concede a aprovação, não sendo, em minha opinião, necessária a constatação formal da violação daquele artigo.

55. Esta conclusão conduz já à resposta à segunda parte da terceira questão do Bundesgerichtshof. Uma vez estabelecido que uma disposição nacional contraria o segundo parágrafo do artigo 5.° do Tratado CEE, não podem os órgãos jurisdicionais nacionais voltar a aplicá-la. Isto é de igual modo válido para todos os actos nacionais que tenham por base tal disposição interna.

56. Não me parece necessário, no caso dos autos, aplicar o n.° 3 do artigo 90.° do Tratado CEE porque, nos termos do n.° 1 desta disposição, são aplicáveis as regras gerais da concorrência e, segundo a jurisprudência do Tribunal entretanto estabelecida, o n.° 2 do mesmo artigo não é directamente aplicável [22]. O n.° 3 da mesma disposição confere apenas à Comissão poderes

22 — Ver os acórdãos de 14 de Julho de 1971, no processo 10/71, Ministério Público luxemburguês/Müller, viúva de J. P. Hein, e outros, Recueil, p. 723, 730, bem como o de 10 de Março de 1983, no processo 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage e outros/-Groupement d'intérêt économique «Inter-Huiles» e outros, Recueil, p. 555, 567.

suplementares, sem todavia excluir a aplicabilidade das regras gerais do Tratado.

4. *Sobre a aplicação no tempo de uma decisão de proibição*

57. As demandadas no processo principal e a Comissão solicitaram ao Tribunal que esclarecesse no acórdão que uma eventual decisão de proibição a proferir podia ficar sem objecto em resultado de alteração futura do direito comunitário. Que existe justificação para tais preocupações demonstram-no as reflexões acima expostas, isto é, que o Regulamento n.° 3975/87 não constitui uma regulamentação exaustiva, tal como os artigos 8.° do Regulamento n.° 3976/87, 12.° da Directiva 86/601/CEE e 14.° da Decisão 87/602/CEE, segundo os quais o Conselho decide, *até 30 de Junho de 1990*, sobre a revisão destes actos. Além disso, a Comissão e as autoridades dos Estados-membros podem agir em matéria de tráfego com países terceiros, nos termos dos artigos 85.°, 86.°, 88.° e 89.° do Tratado CEE e, assim, obterem, pelo recurso aos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros, as condições para aplicação dos artigos 85.° e 86.° do mesmo Tratado. Este novo direito comunitário podia não estar em conformidade com o regime jurídico em que se baseou a decisão de proibição e sobre ele teria prevalência. Compete aos tribunais alemães ter em conta este dado.

## C — Conclusão

Atento o referido, proponho que o Tribunal responda da forma seguinte às questões que lhe foram apresentadas pelo Bundesgerichtshof:

58. «1) Os acordos bilaterais e multilaterais sobre tarifas dos transportes aéreos regulares de que faça parte, pelo menos, uma empresa de transportes aéreos com sede num Estado-membro da Comunidade Económica Europeia, no estado actual do direito comunitário, são nulos nos termos do artigo 85.°, n.° 2, do Tratado CEE por violação do artigo 85.°, n.° 1 do mesmo Tratado:

— se respeitarem ao tráfego aéreo internacional entre aeroportos da Comunidade;

— se respeitarem ao tráfego aéreo com países terceiros e, além disso, for determinado, pela forma e segundo o processo previsto nos artigos 88.° ou 89.°, n.° 2, do Tratado CEE, que tais tarifas resultam de acordos, de decisões de associações de empresas ou de práticas concertadas contrárias ao artigo 85.° do Tratado CEE.

2) A percepção exclusiva dessas tarifas em transportes aéreos regulares no tráfego internacional entre aeroportos da Comunidade ou com países terceiros, pode constituir, simultaneamente, verificados os factos previstos no artigo 86.° do Tratado CEE, exploração abusiva de uma situação dominante no mercado da Comunidade; a percepção dessas tarifas é proibida, nos termos do artigo 86.° do Tratado CEE, nos transportes com países terceiros, ainda que não haja sido feita a correspondente verificação pela forma e processo previstos nos artigos 88.° ou 89.°, n.° 2, do mesmo Tratado.

3) A homologação de tarifas de transportes aéreos regulares que, nos termos referidos nas respostas 1 e 2, sejam contrárias ao direito comunitário, deve ser considerada violação pelos Estados-membros das obrigações decorrentes do segundo parágrafo do artigo 5.° conjugado com os artigos 3.°, alínea f), 85.°, 86.° e 90.°, do Tratado CEE, não sendo para tanto necessária a declaração específica dessa violação nos termos do n.° 3 do referido artigo 90.°»