



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

MICHAL BOBEK

apresentadas em 6 de maio de 2021¹

Processo C-819/19

Stichting Cartel Compensation,

Equilib Netherlands BV,

contra

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV,

Martinair Holland NV,

Deutsche Lufthansa AG,

Lufthansa Cargo AG,

British Airways plc,

Société Air France SA,

Singapore Airlines Ltd,

Singapore Airlines Cargo Pte Ltd,

Swiss International Air Lines AG,

Air Canada,

Cathay Pacific Airways Ltd,

Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden SAS AB SAS Cargo Group A/S

[Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão, Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Artigo 101.º TFUE e artigo 53.º do Acordo EEE — Regras de aplicação do artigo 103.º TFUE — Regime transitório dos artigos 104.º e 105.º TFUE — Acordos e práticas concertadas sobre vários elementos do preço dos serviços de frete aéreo (instauração de sobretaxas de carburante e de sobretaxas de segurança, recusa de pagamento de uma comissão sobre as sobretaxas) — Ação de indemnização — Efeito direto — Competência dos órgãos jurisdicionais nacionais»

¹ Língua original: inglês.

I. Introdução

1. A Stichting Cartel Compensation e a Equilib Netherlands BV (a seguir «demandantes») intentaram uma ação declarativa e de indemnização contra as demandadas², a fim de obter uma sentença declarativa e a condenação das referidas demandadas no pagamento de uma indemnização por danos resultantes da violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir «Acordo EEE»), por terem coordenado diversos elementos do preço dos serviços de frete aéreo em rotas entre aeroportos dentro e a partir da União Europeia e do Espaço Económico Europeu (a seguir «EEE»).

2. Esta prática ocorreu durante um período em que o Conselho ainda não tinha adotado disposições de aplicação para determinados segmentos do sector dos transportes aéreos a fim de «aplicar plenamente» os princípios enunciados no artigo 101.º TFUE. Por esse motivo, as demandadas alegam que a competência para fazer cumprir o artigo 101.º TFUE cabia exclusivamente às autoridades administrativas dos Estados-Membros e da Comissão Europeia ao abrigo do «regime transitório» previsto nos artigos 104.º e 105.º TFUE.

3. O presente processo suscita a questão da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicarem o artigo 101.º, n.º 1, TFUE e o artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE às práticas anticoncorrenciais ocorridas durante esse «regime transitório». No entanto, esta questão talvez técnica e temporária, por sua vez, dá origem a uma questão bem mais essencial relativa à (inter)dependência da aplicação pública (administrativa) e privada (judicial) das regras da União em matéria de concorrência.

II. Quadro jurídico

A. *Tratado FUE*

4. Os artigos 101.º a 105.º TFUE estabelecem as regras em matéria de concorrência. As disposições pertinentes para efeitos do presente processo são as seguintes:

«Artigo 101.º

(ex-artigo 81.º TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

[...]

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

² Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV; Martinair Holland NV; Deutsche Lufthansa AG; Lufthansa Cargo AG; British Airways plc; Société Air France SA; Singapore Airlines Ltd; Singapore Airlines Cargo Pte Ltd; Swiss International Air Lines AG; Air Canada; Cathay Pacific Airways Ltd; Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden; SAS AB; and SAS Cargo Group A/S (a seguir, conjuntamente, «demandadas»).

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e,
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

[...]

Artigo 103.º

(ex-artigo 83.º TCE)

1. Os regulamentos ou diretivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as diretivas referidas no n.º 1 têm por finalidade, designadamente:

[...]

- b) Determinar as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo;
- c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 101.º e 102.º, relativamente aos diversos sectores económicos;

[...]

Artigo 104.º

(ex-artigo 84.º TCE)

Até à data da entrada em vigor das disposições adotadas em execução do artigo 103.º, as autoridades dos Estados-Membros decidirão sobre a admissibilidade dos acordos, decisões e práticas concertadas e sobre a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno, em conformidade com o direito dos seus próprios países e com o disposto no artigo 101.º, designadamente no n.º 3, e no artigo 102.º

Artigo 105.º

(ex-artigo 85.º TCE)

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 104.º, a Comissão velará pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 101.º e 102.º A pedido de um Estado-Membro, ou oficiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que lhe prestarão assistência, a Comissão instruirá os casos de presumível infração a estes princípios. Se a Comissão verificar que houve infração, proporá os meios adequados para se lhe pôr termo.
2. Se a infração não tiver cessado, a Comissão declarará verificada essa infração aos princípios, em decisão devidamente fundamentada. A Comissão pode publicar a sua decisão e autorizar os Estados-Membros a tomarem as medidas, de que fixará as condições e modalidades, necessárias para sanar a situação.
3. A Comissão pode adotar regulamentos relativos às categorias de acordos a respeito dos quais o Conselho tenha adotado um regulamento ou uma diretiva em conformidade com a alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º»

B. Acordo EEE

5. O objetivo do Acordo EEE é «promover um reforço permanente e equilibrado das relações comerciais e económicas entre as Partes Contratantes, em iguais condições de concorrência e no respeito por normas idênticas, com vista a criar um [EEE] homogéneo [...]»³.
6. O artigo 6.º do Acordo EEE dispõe:

«Sem prejuízo da jurisprudência futura, as disposições do presente Acordo, na medida em que sejam idênticas, quanto ao conteúdo, às normas correspondentes do Tratado [sobre o Funcionamento da União Europeia] e do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e aos atos adotados em aplicação destes dois Tratados, serão, no que respeita à sua execução e aplicação, interpretadas em conformidade com a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça [da União Europeia] anterior à data de assinatura do presente Acordo.»
7. O artigo 53.º do Acordo EEE é substancialmente idêntico ao artigo 101.º TFUE.
8. Nos termos do artigo 55.º do Acordo EEE:

«1. Sem prejuízo das regras de execução dos artigos 53.º e 54.º previstas no Protocolo n.º 21 e no Anexo XIV do presente Acordo, a Comissão das Comunidades Europeias e o Órgão de Fiscalização da EFTA previsto no n.º 1 do artigo 108.º assegurarão a aplicação dos princípios consagrados nos artigos 53.º e 54.º

O órgão de fiscalização competente previsto no artigo 56.º averiguará os casos de presumível infração a estes princípios, por iniciativa própria ou a pedido de um Estado que se encontre sob a sua jurisdição ou do outro órgão de fiscalização. O órgão de fiscalização competente procederá a essas investigações em cooperação com as autoridades nacionais competentes no respetivo

³ Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (JO 1994, L 1, p. 3), artigo 1.º, n.º 1.

território, bem como com o outro órgão de fiscalização, que lhe dará toda a assistência necessária em conformidade com o seu regulamento interno.

Se o órgão de fiscalização verificar que houve infração, proporá as medidas adequadas para se lhe pôr termo.

2. Se a infração não tiver cessado, o órgão de fiscalização competente declarará verificada essa infração aos princípios em decisão devidamente fundamentada.

O órgão de fiscalização competente pode publicar a sua decisão e autorizar os Estados a tomarem, no respetivo território, as medidas, de que fixará as condições e modalidades, necessárias para sanar a situação. Pode igualmente solicitar ao outro órgão de fiscalização que autorize os Estados a tomarem tais medidas no respetivo território.»

III. Matéria de facto, tramitação do processo nacional e questão prejudicial

9. Em 9 de novembro de 2010, a Comissão Europeia adotou a Decisão C(2010) 7694 final relativa a um processo nos termos do artigo 101.º TFUE, do artigo 53.º do Acordo EEE e do artigo 8.º do Acordo entre a Comunidade Europeia e a Confederação Suíça relativo aos transportes aéreos⁴ (processo COMP/39258 — Frete aéreo) (a seguir «Decisão de 2010»)⁵.

10. Nos artigos 1.º a 4.º, a Decisão de 2010 constata a participação de várias transportadoras, em diferentes alturas, na coordenação de diversos elementos dos preços dos serviços de frete aéreo em rotas entre aeroportos dentro da União Europeia e/ou do EEE; entre aeroportos dentro da União e/ou do EEE e países terceiros; e entre aeroportos dentro da União e aeroportos da Suíça, em violação do artigo 101.º TFUE, do artigo 53.º do Acordo EEE e do artigo 8.º do Acordo com a Suíça (a seguir «comportamento em causa»). Segundo a Decisão de 2010, globalmente, a infração decorreu entre dezembro de 1999 e fevereiro de 2006.

11. Nos seus Acórdãos de 16 de dezembro de 2015, o Tribunal Geral da União Europeia anulou parcialmente a Decisão de 2010 no que respeita às demandantes nos processos que lhe foram submetidos⁶. Em substância, o Tribunal Geral considerou que a Decisão de 2010 enferma de contradições entre a fundamentação e o dispositivo⁷.

⁴ A seguir «Acordo com a Suíça».

⁵ Processo C.39258 — Frete aéreo (JO 2014, C 371, p. 11).

⁶ Acórdãos de 16 de dezembro de 2015, Air Canada/Comissão (T-9/11, não publicado, EU:T:2015:994); de 16 de dezembro de 2015, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Comissão (T-28/11, não publicado, EU:T:2015:995); de 16 de dezembro de 2015, Japan Airlines/Comissão (T-36/11, não publicado, EU:T:2015:992); de 16 de dezembro de 2015, Cathay Pacific Airways/Comissão (T-38/11, não publicado, EU:T:2015:985); de 16 de dezembro de 2015, Cargolux Airlines/Comissão (T-39/11, não publicado, EU:T:2015:991); de 16 de dezembro de 2015, Latam Airlines Group e Lan Cargo/Comissão (T-40/11, não publicado, EU:T:2015:986); de 16 de dezembro de 2015, Singapore Airlines e Singapore Airlines Cargo/Comissão (T-43/11, não publicado, EU:T:2015:989); de 16 de dezembro de 2015, Deutsche Lufthansa e o./Comissão (T-46/11, não publicado, EU:T:2015:987); de 16 de dezembro de 2015, British Airways/Comissão (T-48/11, não publicado, EU:T:2015:988); de 16 de dezembro de 2015, SAS Cargo Group e o./Comissão (T-56/11, não publicado, EU:T:2015:990); de 16 de dezembro de 2015, Air France-KLM/Comissão (T-62/11, não publicado, EU:T:2015:996); de 16 de dezembro de 2015, Air France/Comissão (T-63/11, não publicado, EU:T:2015:993); e de 16 de dezembro de 2015, Martinair Holland/Comissão (T-67/11, EU:T:2015:984).

⁷ V., por exemplo, Acórdão de 16 de dezembro de 2015, Air Canada/Comissão (T-9/11, não publicado, EU:T:2015:994, n.º 60).

12. Em 17 de março de 2017, a Comissão adotou a Decisão C(2017) 1742 final relativa a um processo nos termos do artigo 101.º TFUE, do artigo 53.º do Acordo EEE e do artigo 8.º do Acordo com a Suíça (Processo AT.39258 — Frete aéreo) (a seguir «Decisão de 2017»)⁸. A Decisão de 2017 confirmou a Decisão de 2010 quanto ao seu conteúdo. Também confirmou que a infração decorreu, globalmente, entre dezembro de 1999 e fevereiro de 2006.

13. Em conformidade com o resumo da Decisão de 2017, a Comissão concluiu que várias transportadoras participaram num cartel relativo ao comportamento em causa. Esse comportamento violou o artigo 101.º TFUE, o artigo 53.º do Acordo EEE e o artigo 8.º do Acordo com a Suíça. Prendia-se com: i) as rotas entre aeroportos dentro da União Europeia (a seguir «rotas intra-União»); ii) rotas entre aeroportos dentro da União e aeroportos fora do EEE (a seguir «rotas União-países terceiros»); iii) rotas entre aeroportos dentro do EEE (a seguir «rotas intra-EEE»); iv) rotas entre aeroportos de países que são partes contratantes no Acordo EEE, mas não são Estados-Membros da União, e aeroportos em países terceiros (a seguir «rotas EEE não pertencentes à União-países terceiros»); e v) rotas entre aeroportos da União e da Suíça (a seguir «rotas União-Suíça»).

14. O resumo da Decisão de 2017 verifica a infração e a aplicação de coimas para diferentes períodos no que respeita a diferentes rotas, conforme se segue:

- No que se refere às rotas intra-União, a Comissão tinha competências para declarar uma infração e aplicar coimas por comportamentos relacionados com o transporte aéreo entre aeroportos da União antes de 1 de maio de 2004. Isto porque, *antes* dessa data, o Regulamento (CEE) n.º 3975/87⁹ concedeu à Comissão competências para aplicar o artigo 101.º TFUE no que diz respeito unicamente ao transporte aéreo entre aeroportos da União. Em contrapartida, o transporte aéreo entre os aeroportos da União e os aeroportos de países terceiros foi excluído do âmbito de aplicação desse regulamento.
- No que se refere às rotas União-países terceiros, pelas mesmas razões, a Comissão viu as suas competências limitadas a comportamentos verificados *após* 1 de maio de 2004.
- No que se refere às rotas intra-EEE, a Comissão tinha competências para constatar uma infração e aplicar coimas para todo o período de 1999 a 2006.
- No que se refere às rotas EEE não pertencentes à União-países terceiros, a Decisão n.º 130/2004¹⁰ e a Decisão n.º 40/2005¹¹ entraram em vigor em 19 de maio de 2005. A partir dessa data, o Regulamento (CE) n.º 411/2004¹² e o Regulamento (CE) n.º 1/2003¹³ tornaram-se

⁸ A Decisão de 2017 não foi publicada. No entanto, é possível consultar um resumo da mesma. V. Resumo da Decisão da Comissão de 17 de março de 2017 — relativa a um processo nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, artigo 53.º do Acordo EEE e artigo 8.º do Acordo entre a Comunidade Europeia e a Confederação Suíça relativo aos transportes aéreos (JO 2017, C 188, p. 14) («Resumo da Decisão de 2017»).

⁹ Regulamento do Conselho, de 14 de dezembro de 1987, que estabelece o procedimento relativo às regras de concorrência aplicáveis às empresas do sector dos transportes aéreos (JO 1987, L 374, p. 1).

¹⁰ Decisão do Comité Misto do EEE, de 24 de setembro de 2004, que altera o anexo XIV (Concorrência), o Protocolo n.º 21 (relativo à aplicação das regras de concorrência aplicáveis às empresas) e o Protocolo n.º 23 (relativo à cooperação entre os órgãos de fiscalização) do Acordo EEE (JO 2005, L 64, p. 57).

¹¹ Decisão do Comité Misto do EEE, de 11 de março de 2005, que altera o anexo XIII (Transportes) e o Protocolo n.º 21 (relativo à aplicação das regras de concorrência aplicáveis às empresas) do Acordo EEE (JO 2005, L 198, p. 38).

¹² Regulamento do Conselho, de 26 de fevereiro de 2004, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 3975/87 e altera o Regulamento (CEE) n.º 3976/87 e o Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativamente aos transportes aéreos entre a Comunidade e países terceiros (JO 2004, L 68, p. 1).

¹³ Regulamento do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1).

aplicáveis no âmbito do Acordo EEE. Por conseguinte, antes de 19 de maio de 2005, a Comissão não constatou nenhuma infração nem aplicou coimas por comportamentos relacionados com rotas entre os países do EEE que não eram Estados-Membros da União e países terceiros.

15. A Decisão de 2017 foi igualmente objeto de impugnação no Tribunal Geral¹⁴. Os processos encontram-se pendentes.

16. Em simultâneo, as demandantes intentaram uma ação cível contra as demandadas no Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão, Países Baixos). Este órgão jurisdicional explica que as empresas demandantes foram especificamente criadas para dar seguimento aos pedidos de indemnização que lhes foram atribuídos por danos decorrentes das constatações da Comissão relativas à existência de violações ao direito da concorrência.

17. Em primeiro lugar, pedem que se declare que as demandadas tiveram um comportamento ilícito durante o período de 1999 a 2006. Ou seja, também antes de i) 1 de maio de 2004 (para as rotas União-países terceiros); ii) 19 de maio de 2005 (para rotas EEE não pertencentes à União-países terceiros); e iii) 1 de junho de 2002 para as rotas União-Suíça (a seguir «períodos controvertidos»). Em segundo lugar, pedem que o órgão jurisdicional de reenvio condene solidariamente as demandadas no pagamento de uma indemnização acrescida de juros por danos resultantes do comportamento anticoncorrencial em causa.

18. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, nos seus pedidos, as demandantes baseiam-se no efeito direto do artigo 101.º TFUE para estabelecer a competência do órgão jurisdicional nacional, pelos períodos controvertidos, e independentemente das medidas administrativas de aplicação do direito da concorrência.

19. No seu despacho, o órgão jurisdicional de reenvio considera-se competente para aplicar o artigo 101.º TFUE ao comportamento em causa e aos períodos controvertidos. No entanto, refere expressamente que esta posição difere da do Acórdão da High Court of Justice (England & Wales) [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Reino Unido], no processo Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc¹⁵, conforme confirmado pela Court of Appeal (England and Wales) [Tribunal de Recurso (Inglaterra e País de Gales), Reino Unido], no processo La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc¹⁶.

20. Tendo dúvidas quanto à sua competência para aplicar o artigo 101.º, n.º 1, TFUE e o artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE aos períodos controvertidos, o Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Num litígio entre as partes lesadas (neste caso os expedidores, clientes dos serviços de transporte aéreo) e as transportadoras aéreas, o órgão jurisdicional nacional é competente para aplicar integralmente o artigo 101.º TFUE ou, em qualquer caso, o artigo 53.º do Acordo EEE, em virtude

¹⁴ Processos Air Canada/Comissão (T-326/17), Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Comissão (T-325/17), Japan Airlines/Comissão (T-340/17), Cathay Pacific Airways/Comissão (T-343/17), Cargolux Airlines/Comissão (T-334/17), Latam Airlines Group e Lan Cargo/Comissão (T-344/17), Singapore Airlines e Singapore Airlines Cargo PTE/Comissão (T-350/17), Deutsche Lufthansa e o./Comissão (T-342/17), British Airways/Comissão (T-341/17), SAS Cargo Group e o./Comissão (T-324/17), Air France-KLM/Comissão (T-337/17), Air France/Comissão (T-338/17) e Martinair Holland/Comissão (T-323/17).

¹⁵ Acórdão da High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, de 4 de outubro de 2017 no processo Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [2017] EWHC 2420 (Ch).

¹⁶ Acórdão da Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) de 29 de janeiro de 2019 no processo La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc [2019] EWCA Civ 37.

do efeito direto do artigo 101.º TFUE ou do artigo 53.º do Acordo EEE, ou então em virtude (do efeito direto) do artigo 6.º do Regulamento 1/2003, aos acordos/práticas concertadas das transportadoras aéreas relativamente aos serviços de frete em voos efetuados antes de 1 de maio de 2004 em rotas entre aeroportos da [União] e aeroportos fora do EEE, ou antes de 19 de maio de 2005, em rotas entre a Islândia, o Liechtenstein e a Noruega, e aeroportos fora do EEE, ou em voos efetuados antes de 1 de junho de 2002 entre aeroportos da [União] e da Suíça, também em relação ao período em que esteve em vigor o regime transitório dos artigos 104.º TFUE e 105.º TFUE? Ou a tal se opõe o regime transitório?»

21. Foram apresentadas observações escritas pelas demandantes, pelas demandadas, pelo Governo norueguês, pelo Órgão de Fiscalização da EFTA e pela Comissão. Com exceção do Governo norueguês, estas partes também foram ouvidas na audiência realizada em 21 de janeiro de 2021.

IV. Análise

22. As presentes conclusões estão estruturadas da seguinte forma. Começarei por analisar o quadro jurídico do presente processo (A). A seguir, passarei a abordar a questão da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE pelo órgão jurisdicional de reenvio (B). Posteriormente, debruçar-me-ei sobre as regras equivalentes no âmbito do Acordo EEE (C). Por último, terminarei com algumas observações gerais sobre a aplicação das regras de concorrência (D).

A. *Quadro do Tratado e «regime transitório»*

23. Dada a importância do quadro do Tratado em matéria de regras da concorrência no caso em apreço, considero necessário começar, nas presentes conclusões, por especificar os vários elementos do artigo 101.º TFUE e examinar de perto a suposta «transitoriedade» do regime de aplicação previsto nos artigos 104.º e 105.º TFUE (1). A seguir, farei um breve resumo dos argumentos das partes, situando-os no contexto da questão suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio (2).

1. «*Transitoriedade*» em relação a quê?

24. O artigo 101.º TFUE tem uma estrutura simples. O n.º 1 proíbe *todos* os acordos que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência. O n.º 2 identifica a consequência dessa proibição: *todos* os acordos abrangidos pelo n.º 1 são nulos. O n.º 3 prevê, no entanto, uma exceção à proibição do n.º 1: «[...] as disposições do n.º 1 podem [...] ser declaradas inaplicáveis» em certos casos.

25. O artigo 101.º TFUE é uma disposição substancialmente exaustiva e autónoma. É redigido em termos gerais. Não faz referência a medidas de aplicação nem há nada constante do artigo 101.º TFUE que sugira um âmbito de aplicação limitado. Mais importante ainda, para o caso em apreço, é o facto de o artigo 101.º TFUE ser institucionalmente omissivo. Não favorece um (tipo de) instituição em detrimento de outra. A este respeito, a formulação desta disposição pode comparar-se ao disposto no artigo 65.º, n.º 4, do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Este último especificou que «a Alta Autoridade tem competência exclusiva» para se pronunciar sobre a conformidade de um acordo proibido com a referida disposição.

26. Assim, dificilmente se pode sugerir, apenas com base na sua letra, que o artigo 101.º TFUE deve ser aplicado de forma diferente a *qualquer* outra disposição do Tratado que faça referência a uma instituição que aplica o direito da União, seja uma instituição dos Estados-Membros ou da União.

27. É apenas por força dos artigos 103.º a 105.º TFUE que são introduzidos elementos de diferenciação e «transitoriedade» na aplicação do artigo 101.º TFUE.

28. Assim, no seu n.º 1, o artigo 103.º TFUE clarifica que compete ao Conselho estabelecer «os regulamentos ou diretivas necessários à aplicação dos princípios constantes» do artigo 101.º TFUE. O n.º 2 fornece exemplos não exaustivos da forma como essa competência é exercida. Para efeitos do presente processo, as alíneas b) e c) revestem o maior interesse. Respetivamente, estas alíneas incidem sobre as «modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, tendo em conta a necessidade [...] de garantir uma fiscalização eficaz e [...] de simplificar [...] o controlo administrativo» e sobre a definição do «âmbito de aplicação do disposto [no artigo 101.º], relativamente aos diversos sectores económicos». Por outras palavras, o artigo 103.º TFUE atribui ao Conselho o ónus de determinar o âmbito de aplicação e a fiscalização administrativa do artigo 101.º TFUE.

29. Posto isto, o que acontece até o Conselho decidir exercer a sua competência, nos termos do artigo 103.º TFUE?

30. É a este respeito que os artigos 104.º e 105.º TFUE assumem importância. Estas disposições estabelecem o «regime transitório». Ao abrigo deste regime, as autoridades (administrativas) dos Estados-Membros foram encarregadas de velar pela aplicação dos princípios (atualmente) consagrados no artigo 101.º TFUE, o que incluía a concessão de isenções ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, do referido Tratado. Durante o período de aplicação desse regime, a Comissão desempenhou apenas um papel secundário na aplicação das regras de concorrência, e isto «sem prejuízo» das funções confiadas às autoridades nacionais dos Estados-Membros.

31. Tendo em conta este quadro constitucional, o conceito de regime «transitório» é um termo impróprio. É verdade que, na sua redação *original*, o artigo 87.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (a seguir «Tratado CEE») dispunha que o Conselho teria de exercer as suas competências ao abrigo do (atual) artigo 103.º TFUE *no prazo de três anos*. Esse prazo decorreu sem que o Conselho tivesse exercido as referidas competências. No entanto, o Tratado de Amesterdão substituiu a referência (então obsoleta) ao prazo de três anos para a sua aplicação por um dever geral do Conselho de estabelecer os regulamentos ou diretivas necessários à «aplicação» do (atual) artigo 101.º TFUE¹⁷. Dessa forma, ao confirmar, *de jure*, o que *de facto* já acontecia há algum tempo, a suposta «transitoriedade» do regime «transitório» estabelecido nos termos (dos atuais) artigos 104.º e 105.º TFUE desapareceu.

32. Visto sob esta ótica, o artigo 104.º TFUE estabeleceu efetivamente uma *regra de aplicação geral* quanto à forma de abordar a admissibilidade dos acordos abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º TFUE. Nos termos dessa disposição, as autoridades dos Estados-Membros seriam competentes para assegurar o cumprimento das regras do Tratado em matéria de concorrência por um período indeterminado *até que* o Conselho atuasse através da instituição de um regime administrativo diferente de aplicação dessas regras.

¹⁷ Artigo 6.º, n.º 46, do Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses Tratados (JO 1997, C 340, p. 1).

33. Por outras palavras, embora tenha sido inicialmente estabelecido por um período limitado, o regime «transitório» tornou-se cada vez menos «transitório» no tempo, uma vez que não houve «transição» na aceção usual dessa palavra de uma situação para outra. Em vez disso, esse regime era «eventualmente modular» no que diz respeito aos elementos específicos da descentralização (e reafetação) da competência de aplicação de determinados aspetos do artigo 101.º Este último ponto é confirmado pelo desenvolvimento de todo o sistema, que ao longo dos anos foi avançando e recuando: da descentralização para a centralização de alguns elementos, e depois de volta a uma descentralização parcial, com as regras em matéria de competência constantes do artigo 103.º, n.º 2, TFUE, viabilizando textualmente essas alterações sem problemas.

2. O papel dos órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito do «regime transitório»

34. Os artigos 103.º a 105.º TFUE são omissos quanto ao papel dos órgãos jurisdicionais nacionais na aplicação do artigo 101.º TFUE, quer no contexto do regime «transitório», quer noutros. É disso que se trata no presente processo. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio questiona se os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar a proibição constante do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, quando as práticas anticoncorrenciais em causa ocorreram, na sua maioria, durante o período de aplicação do «regime transitório».

35. À primeira vista, essa discussão pode estar relacionada com um passado longínquo. Todas as partes no presente processo concordam que o Regulamento n.º 1/2003 conferiu aos órgãos jurisdicionais nacionais competência para aplicar o artigo 101.º TFUE na íntegra ou, pelo menos, confirmou a sua existência. Contudo, em termos práticos, a solução da questão suscitada pelo Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão) afetará a reivindicação mais ampla dos direitos privados destinados a obter a atribuição de indemnizações por danos causados por um comportamento suscetível de restringir ou falsear a concorrência, independentemente de quando esse comportamento ocorreu e da autoridade administrativa que o constatou.

36. As demandantes no processo principal pretendem reivindicar direitos privados por esta via. Isso porque, na sua Decisão de 2017, a Comissão concluiu pela existência de práticas de coordenação de preços continuadas de 1999 a 2006 no sector do frete aéreo. No entanto, devido ao sistema de direito derivado instituído pelo Conselho ao abrigo do artigo 103.º TFUE, a Comissão limitou as suas constatações da existência de uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE e ao artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE, respetivamente às rotas União-países terceiros a partir de 1 de maio de 2004 e rotas EEE não pertencentes à União-países terceiros a partir de 19 de maio de 2005. Por conseguinte, caso a exceção deduzida pelas demandadas relativa à competência do órgão jurisdicional nacional seja considerada procedente, o período anterior a essas datas ficaria, com efeito, fora do âmbito das ações de responsabilidade civil para reparação dos danos por comportamentos anticoncorrenciais nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

37. Em grande medida, a questão geral subjacente ao presente processo é, portanto, a de saber se a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE pelos órgãos jurisdicionais nacionais pode ser circunscrita ou totalmente excluída pelo direito derivado que restringe a aplicação administrativa das regras da União em matéria de concorrência.

38. Segundo as partes interessadas, a resposta a esta questão encontra-se camuflada sob muitas camadas de jurisprudência e de direito derivado. Em substância, as demandantes, o Órgão de Fiscalização da EFTA e o Governo norueguês explicam que o «regime transitório» restringia a aplicação dos princípios subjacentes ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE apenas através da «via

administrativa». Contudo, isso não limitou o efeito direto do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE invocado perante os órgãos jurisdicionais nacionais, ou seja, a «via judicial» independente.

39. Tal é contestado pelas demandadas que são, no essencial, apoiadas pela Comissão. No seu entender, os órgãos jurisdicionais nacionais não eram competentes para aplicar o artigo 101.º, n.º 1, TFUE por duas razões. Em primeiro lugar, o Conselho, ao abrigo do artigo 103.º TFUE, limitou o âmbito *ratione materiae* do artigo 101.º TFUE. Por conseguinte, o sector dos transportes aéreos não foi totalmente sujeito aos «princípios» constantes dessa disposição antes da data de aplicação do Regulamento n.º 1/2003. Em segundo lugar, nos termos do «regime transitório», apenas uma autoridade nacional da concorrência, e, em alguns casos, a Comissão, se poderia pronunciar sobre a compatibilidade de um acordo anticoncorrencial com o artigo 101.º TFUE. Dadas as limitações do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, o princípio da homogeneidade exige que o efeito direto do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE seja igualmente limitado.

40. Considero que a resposta correta a este ponto de vista decorre diretamente do artigo 101.º TFUE, do artigo 53.º do Acordo EEE e das regras da concorrência gerais. Por conseguinte, irei a seguir debruçar-me sobre essa questão.

B. A aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE pelo órgão jurisdicional de reenvio no presente processo

41. Em termos gerais, há que abordar três questões no tocante à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Em primeiro lugar, os eventuais efeitos limitativos do «regime transitório» previsto nos artigos 104.º e 105.º TFUE no artigo 101.º TFUE quanto às competências normais dos órgãos jurisdicionais nacionais (1). Em segundo lugar, em que medida o efeito direto dos princípios atualmente constantes do artigo 101.º, n.º 1, TFUE é invocado por uma parte que pretende fazer valer os seus direitos perante os órgãos jurisdicionais nacionais (2). Em terceiro lugar, o âmbito *ratione materiae* do artigo 101.º, n.º 1, TFUE ao caso vertente ora em apreciação, nomeadamente em matéria de transportes aéreos (3). Irei abordar cada aspeto sucessivamente.

1. O efeito do «regime transitório» sobre o artigo 101.º TFUE

42. Nas suas observações, as demandadas alegam, em substância, que o «regime transitório» constante dos artigos 104.º e 105.º TFUE priva os órgãos jurisdicionais nacionais da sua competência para aplicar o artigo 101.º TFUE. Em resposta a uma pergunta do Tribunal de Justiça, a Comissão adotou a mesma posição, referindo que os artigos 104.º e 105.º TFUE são suscetíveis de ter o efeito de «suspender» a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicar o artigo 101.º TFUE em determinadas circunstâncias.

43. Não concordo.

44. Não vejo nada na redação dos artigos 104.º e 105.º TFUE que corresponda a um «botão de pausa» no que toca à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais. Com efeito, nenhuma das disposições restringe a aplicação do artigo 101.º TFUE relativamente aos órgãos jurisdicionais nacionais. Os artigos 104.º e 105.º TFUE apenas estabelecem a forma como devem ser adotadas as

medidas administrativas de aplicação do artigo 101.º TFUE durante o período decorrido até que o Conselho decida atuar nos termos do artigo 103.º TFUE. No entanto, esta ação não visa a aplicação *judicial* do artigo 101.º TFUE pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

45. Para ser mais preciso: considero que a aplicação judicial do artigo 101.º, n.º 1, TFUE *não se limita*, obviamente, à *fiscalização jurisdicional* de decisões administrativas que anteriormente aplicaram e executaram as regras da União em matéria de concorrência. A fiscalização de uma decisão administrativa de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE é certamente um meio pelo qual os órgãos jurisdicionais nacionais podem ser chamados a aplicar essa disposição. Existem, contudo, outras áreas do direito ou outras vias de recurso por intermédio das quais os órgãos jurisdicionais nacionais poderiam, por força do direito da União ou do direito nacional, ser chamados a aplicar a mesma disposição: consideremos, por exemplo, outros tipos de recursos administrativos, ações cíveis, ou mesmo penais.

46. Considero que é importante salientar este elemento desde logo. Isto porque parece haver uma clara tendência redutora nas alegações das demandadas e da Comissão a este respeito. Em seu entender, essencialmente, a «aplicação» do artigo 101.º TFUE implica a «execução» dessa disposição que, por sua vez, está ligada à «investigação e imposição de sanções administrativas». Essa missão foi confiada exclusivamente à Comissão ou às autoridades administrativas nacionais. Seguindo esta lógica, os órgãos jurisdicionais nacionais apenas teriam, implicitamente, competência ao abrigo do «regime transitório» se tivessem sido chamados a fiscalizar as medidas administrativas de aplicação adotadas pela autoridade administrativa nacional.

47. Não concordo. Se um órgão jurisdicional nacional tivesse sido chamado a aplicar o artigo 101.º, n.º 1, TFUE no âmbito das suas competências e do processo pendente, antes de o Conselho ter instituído o direito derivado para «aplicar» os princípios subjacentes ao artigo 101.º TFUE, então, *é obvio* que esse órgão jurisdicional nacional teria de aplicar plenamente a referida disposição¹⁸.

48. Isto ilustra uma característica comum que o artigo 101.º TFUE partilha com uma série de outras disposições do Tratado, tais como os artigos 45.º e 46.º TFUE (livre circulação de trabalhadores), o artigo 49.º e o artigo 50.º, n.º 2, TFUE (liberdade de estabelecimento) e o artigo 157.º TFUE (princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual). Em todos estes casos, bem como noutros, a disposição do Tratado em questão estabelece primeiro o princípio e, em seguida, designa a(s) instituição(ões) da UE necessária(s) para o «concretizar», adotando regras complementares específicas que, por vezes, chegam a indicar exatamente o que essas regras de «aplicação» devem abranger. Contudo, durante décadas, a abordagem do Tribunal de Justiça tem sido no sentido de que, mesmo quando as regras de «aplicação» exigidas ainda não se encontrem em vigor, o «princípio de base», conforme estabelecido na disposição do Tratado, deve, se ele próprio tiver efeito direto, ser aplicado de forma independente por todas as autoridades nacionais competentes, incluindo, especialmente, pelos órgãos jurisdicionais nacionais, quando chamados a aplicar tais disposições aos processos que lhes são submetidos.

49. O artigo 157.º TFUE e o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual podem dar uma ideia a este respeito: mesmo antes de o direito derivado ter sido introduzido para o efeito pelo legislador da União, não havia dúvidas de que os órgãos jurisdicionais nacionais eram responsáveis pela salvaguarda da sua plena eficácia e pela sua aplicação independentemente da «aplicação de quaisquer medidas administrativas» aos processos (cíveis) submetidos à sua apreciação¹⁹. Esta

¹⁸ Em conformidade com o Acórdão de 16 de dezembro de 1976, Rewe-Zentrale Finanz e Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, n.º 5).

¹⁹ Já no Acórdão de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, n.ºs 12, 24 e 39).

conclusão não deve surpreender: segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a inexistência de medidas de aplicação, independentemente da sua forma, não obsta a que um particular possa invocar o efeito direto das disposições do direito da União²⁰.

50. Por conseguinte, do ponto de vista estrutural do Tratado, a aplicabilidade do (atual) artigo 101.º TFUE pelos órgãos jurisdicionais nacionais tem existido desde a entrada em vigor do Tratado CEE. Além disso, os n.ºs 1 e 2 do (atual) artigo 101.º TFUE produziram pleno efeito, mesmo antes de o Conselho ter atuado em conformidade com os «poderes que lhe foram conferidos» pelo artigo 103.º, n.º 1, TFUE²¹.

51. Neste contexto, é, no entanto, necessário analisar a questão de saber em que medida o artigo 101.º, n.º 1, TFUE produzia efetivamente *efeitos diretos* antes de o Conselho determinar «as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, TFUE».

2. Efeito direto do artigo 101.º, n.º 1, TFUE

52. Em resposta a uma pergunta formulada pelo Tribunal de Justiça, as demandadas e a Comissão consideraram que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE não produzia efeitos diretos antes da atuação do Conselho nos termos do artigo 103.º, n.º 2, alínea b), TFUE. Não se pode chegar a outra conclusão, uma vez que, já em 1962, o Tribunal de Justiça tinha interpretado o artigo 101.º no sentido de constituir um «todo indivisível»²². Além disso, o Acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Courage e Crehan*²³ demonstra a necessidade de uma ação prévia por parte do Conselho, uma vez que este processo efetivamente só reconheceu a existência do efeito direto *após* o Conselho ter adotado medidas de aplicação relativas ao artigo 101.º TFUE. Por conseguinte, esta disposição não poderia ser, por si só, diretamente aplicável.

53. Pelo contrário, as demandantes contestam esta posição, baseando-se principalmente no Acórdão *SABAM*²⁴ para argumentar que o efeito direto do artigo 101.º, n.º 1, TFUE não exige medidas de aplicação prévias.

54. Concorro com as demandantes. Considero que a posição das demandadas e da Comissão coloca figurativamente «a carroça à frente dos bois».

55. É jurisprudência assente que o efeito direto deve ser analisado à luz da natureza, da sistemática e da letra da disposição em causa²⁵. Uma disposição terá efeito direto, se for suficientemente clara, precisa²⁶ e incondicional²⁷. Como tal, não há necessidade de que uma disposição tenha efeito direto ou seja diretamente aplicável literalmente. Em vez disso, o

²⁰ V., a título ilustrativo, Acórdãos de 9 de março de 1978, *Simmenthal* (106/77, EU:C:1978:49, n.ºs 19 e 20); de 17 de setembro de 2002, *Baumbast e R* (C-413/99, EU:C:2002:493, n.º 80); e de 4 de fevereiro de 2016, *Ince* (C-336/14, EU:C:2016:72, n.º 59).

²¹ Conforme também explicado a seguir, nos n.ºs 58 e 70 a 78 das presentes conclusões, o Conselho nunca restringiu esses efeitos.

²² Acórdão de 6 de abril de 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, p. 52).

²³ Acórdão de 20 de setembro de 2001, *Courage e Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465) (a seguir «*Courage*»).

²⁴ Acórdão de 30 de janeiro de 1974, *BRT e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* (127/73, EU:C:1974:6) (a seguir «*SABAM*»).

²⁵ V., por exemplo, Acórdão de 4 de dezembro de 1974, *Van Duyn* (41/74, EU:C:1974:133, n.º 12).

²⁶ V., por exemplo, Acórdãos de 1 de julho de 2010, *Gassmayr* (C-194/08, EU:C:2010:386, n.º 45); de 7 de setembro de 2017, *H.* (C-174/16, EU:C:2017:637, n.º 69); e de 6 de novembro de 2018, *Bauer e Willmeroth* (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, n.º 72).

²⁷ V., por exemplo, Acórdãos de 15 de maio de 2014, *Almos Agrárkölkereskedelmi* (C-337/13, EU:C:2014:328, n.º 32); de 12 de outubro de 2017, *Lombard Inatlan Lizing* (C-404/16, EU:C:2017:759, n.º 36); e de 14 de janeiro de 2021, *RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* (C-387/19, EU:C:2021:13, n.º 46).

Tribunal de Justiça procede por extração: isto é, tenta determinar se é possível extrair da disposição do direito da União (que pode ser mais longa e mais complexa) uma regra de conduta precisa, diretamente aplicável²⁸.

56. Os Acórdãos SABAM e Courage e Crehan são excelentes exemplos dessa abordagem «relacional» do efeito direto. No Acórdão SABAM, o Tribunal de Justiça considerou que a proibição constante do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE (atual artigo 101.º, n.º 1, TFUE) poderia ser utilizada como um «escudo» *em relação aos* direitos específicos de um compositor de não lhe ser oponível uma cláusula de cessão exclusiva estipulada num contrato com uma sociedade de cobrança de direitos de autor²⁹. Do mesmo modo, no Acórdão Courage e Crehan, o Tribunal de Justiça considerou que esta mesma disposição pode ser utilizada como «espada» *em relação a* um pedido de indemnização decorrente de uma cláusula contratual contrária ao artigo 85.º do Tratado CEE (atual artigo 101.º TFUE)³⁰. Em ambos os casos, o Tribunal de Justiça extraiu assim *do conjunto* do artigo 101.º TFUE a parte que produz efeito direto entre particulares: a proibição de certos acordos anticoncorrenciais, constante do n.º 1 dessa disposição³¹.

57. Esta proibição é inequívoca, estabelecendo uma obrigação jurídica clara e executória: «não farás nenhum cartel». Não acresce nenhuma condição: *quaisquer* acordos entre empresas são «incompatíveis com o mercado interno». É esse direito autoexecutório diretamente decorrente do Tratado que os particulares podem invocar para avançar com o seu pedido e que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger³².

58. Contrariamente ao que a Comissão alegou na audiência, a natureza dos direitos protegidos pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE não é afetada pela *atribuição processual*, nos termos do artigo 103.º, n.º 2, alínea b), TFUE, no sentido de saber qual a instituição que poderia «proceder» processualmente a um acordo ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, TFUE. Com efeito, é evidente que, em certos casos, um órgão jurisdicional apenas tem de aplicar o artigo 101.º, n.º 1, TFUE para atribuir uma indemnização por responsabilidade civil em caso de atividade anticoncorrencial³³. Da mesma forma, um órgão jurisdicional poderá ter necessidade de recorrer ao artigo 101.º, n.º 2, TFUE apenas para determinar a rescisão de cláusulas contratuais incompatíveis³⁴. Por outras palavras, tendo em conta a *natureza específica de determinados pedidos* perante um órgão jurisdicional nacional, os diversos elementos do artigo 101.º TFUE podem muito bem ser *dissociáveis*. Nestas circunstâncias, não é necessário que os órgãos jurisdicionais nacionais recorram ao artigo 101.º, n.º 3, TFUE.

59. Com efeito, os Acórdãos SABAM e Courage e Crehan demonstram perfeitamente a relação de independência entre os n.ºs 1 e 3 do artigo 101.º TFUE. Ambos os processos surgiram durante um período em que o Conselho tinha exercido os seus poderes ao abrigo do artigo 103.º, n.º 2, alínea b), TFUE, tendo atribuído à Comissão a competência exclusiva para decidir nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE (atual artigo 101.º, n.º 3, TFUE). O facto de uma instituição

²⁸ Acórdão de 18 de abril de 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, n.ºs 30 a 39). V. também as Conclusões do advogado-geral A. Trabucchi no processo Defrenne (43/75, EU:C:1976:39, dispositivo) e as minhas conclusões no processo Kohn (C-167/17, EU:C:2018:387, n.º 42).

²⁹ SABAM, n.º 16.

³⁰ Courage, n.ºs 24 a 26.

³¹ SABAM, n.º 16, e Courage, n.ºs 23 e 24.

³² Neste sentido, v. Acórdão de 5 de junho de 2014, Kone e o. (C-557/12, EU:C:2014:1317, n.ºs 20 e 22 e jurisprudência referida).

³³ V., por exemplo, Courage, n.º 26.

³⁴ V. Acórdão de 18 de dezembro de 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502, n.º 15).

diferente (a Comissão) ser incumbida de decidir sobre a aplicabilidade do então artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE não constituía um problema para a executoriedade dos direitos previstos no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE³⁵.

60. Esta conclusão não é afetada pela descrição de «todo indivisível» do artigo 85.º do Tratado CEE no Acórdão de Geus³⁶. Nesse processo, um distribuidor alemão de frigoríficos Bosch invocou em sua defesa o artigo 85.º do Tratado CEE a fim de anular uma cláusula de «proibição de exportação» constante de um acordo de distribuição exclusiva que tinha celebrado com a Bosch. No entanto, os factos desse processo são anteriores à entrada em vigor do Regulamento n.º 17/62. Tal significava que não existia *nenhum procedimento administrativo* para fazer face aos efeitos decorrentes do artigo 85.º, n.ºs 1 e 2, do Tratado CEE (atual artigo 101.º, n.ºs 1 e 2, TFUE). Neste contexto, o Tribunal de Justiça não teve outra alternativa senão continuar a aplicar o acordo em causa, *até que fosse instituído um qualquer procedimento administrativo* para contemplar uma eventual aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE (atual artigo 101.º, n.º 3, TFUE)³⁷.

61. Foi dentro desses limites factuais que o Tribunal de Justiça considerou o artigo 85.º do Tratado CEE um «todo indivisível»³⁸. A interpretação contrária conduziria a uma consequência inadmissível: «considerar nulos certos acordos antes mesmo de ter sido possível saber, e portanto declarar, a que acordos se aplica o artigo 85.º no seu conjunto»³⁹.

62. O Acórdão De Geus foi, assim, proferido devido a uma omissão institucional de não prever modalidades administrativas para abordar os efeitos da «aplicabilidade [do artigo 85.º do Tratado CEE] desde a entrada em vigor do Tratado»⁴⁰. Conforme o Órgão de Fiscalização da EFTA corretamente refere, nessa altura não se colocava a questão do efeito direto (e, portanto, a invocação individual do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE nos órgãos jurisdicionais nacionais), uma vez que o Acórdão de Geus foi proferido *antes* de o Tribunal de Justiça clarificar o conceito de efeito direto das disposições do Tratado CEE⁴¹.

63. Por todas estas razões, considero que apenas uma orientação muito limitada pode efetivamente ser extraída de um acórdão do Tribunal de Justiça proferido em 1962 em circunstâncias legais e constitucionais muito diferentes. Especialmente, na falta de qualquer efeito direto das disposições do Tratado, é óbvio que apenas a questão da competência expressamente atribuída para a aplicação de medidas administrativas, ou melhor, a sua inexistência, teria sido, com efeito, determinante.

64. Também não estou convencido pelas alegações das recorridas nos Acórdãos Asjes e o.⁴² e Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro⁴³, invocadas em apoio da sua posição quanto à questão do efeito direto do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Estes processos não foram decididos no contexto de uma parte que invocou o efeito direto da referida disposição. A questão prendia-se, antes, com a nulidade, nos termos do artigo 85.º, n.º 2, do Tratado CEE, das tarifas das companhias aéreas aprovadas pelo governo antes de uma autoridade administrativa tomar uma decisão a respeito da

³⁵ V., igualmente, SABAM, n.º 21, e Courage, n.ºs 22 e 28.

³⁶ V. Acórdãos de 6 de abril de 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, p. 52), e de 9 de julho de 1969, Portelange (10/69, EU:C:1969:36, n.ºs 10 e 13).

³⁷ Acórdão de 6 de abril de 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, pp. 51 a 53).

³⁸ Ibid., p. 52.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., p. 51.

⁴¹ Acórdão de 5 de fevereiro de 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, p. 13).

⁴² Acórdão de 30 de abril de 1986, Asjes e o. (209/84 a 213/84, EU:C:1986:188) (a seguir «Asjes»).

⁴³ Acórdão de 11 de abril de 1989, Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140) (a seguir «Saeed»).

sua compatibilidade com o n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE, quer seja no âmbito do regime aplicável ao abrigo do «período de transição» referido nos artigos 88.º e 89.º do Tratado CEE (atuais artigos 104.º e 105.º, TFUE) ou do Regulamento n.º 3975/87⁴⁴. Uma vez que nem as «autoridades dos Estados-Membros»⁴⁵ nem a Comissão⁴⁶ decidiram quanto à aplicabilidade do artigo 85.º do Tratado CEE aos acordos em causa, o Tribunal de Justiça considerou que a nulidade de tais acordos não podia ser presumida pelo simples facto de o artigo 85.º do Tratado CEE poder ser aplicável aos acordos em causa.

65. Os acórdãos *Asjes e o. e Saeed Flugreisen* e *Silver Line Reisebüro* estão, portanto, também confinados à lógica do seu tempo: em circunstâncias em que nenhuma decisão administrativa tenha sido tomada pelas autoridades dos Estados-Membros ou pela Comissão no que diz respeito a um acordo ou prática alegadamente anticoncorrencial ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE, mas em que o *futuro apuramento retroativo continuava a ser possível* no regime então em vigor, era óbvio que os operadores económicos deviam poder presumir, de boa-fé, que as suas relações comerciais não cessaram automaticamente *até que fosse tomada uma decisão sobre os seus acordos ou práticas por parte das autoridades administrativas em causa*⁴⁷.

66. No caso em apreço, o mais importante é que as demandadas *não podem invocar o risco de conflito* decorrente de uma eventual aprovação retroativa do comportamento em causa. Com efeito, o sistema de «isenção» previsto pelo Regulamento n.º 1/2003, conforme alterado, que revogou o regime anterior dos Regulamentos n.º 17/62 e n.º 3975/87, não permite ações com efeitos retroativos. Além disso, conforme demonstrado pelo artigo 34.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, os acordos abrangidos pelo âmbito de aplicação dos Regulamentos n.º 17/62 e n.º 3975/87 e que *foram* notificados à Comissão deixaram de produzir efeitos a partir de 1 de maio de 2004. Por outras palavras, mesmo que as demandadas tivessem notificado os seus acordos à Comissão⁴⁸, essas notificações não funcionariam, em qualquer caso, como «mecanismo de apoio» ao regime a aplicar aos referidos acordos no âmbito do sistema instituído pelo Regulamento n.º 1/2003.

67. Assim, mais uma vez, vale a pena salientar especificamente, nas circunstâncias do caso em apreço, a falta de coerência interna fundamental do «imperativo do artigo 101.º TFUE», bem como da necessidade de segurança jurídica para os operadores económicos. Essa janela está fechada há já algum tempo.

68. Em suma, é, portanto, claro que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE e os seus antecessores eram diretamente aplicáveis desde a entrada em vigor do Tratado CEE. Continuaram a ser diretamente aplicáveis durante todo esse período para que os particulares pudessem fazer valer os seus direitos nos órgãos jurisdicionais nacionais competentes. Acima de tudo, esse poder independente dos órgãos jurisdicionais nacionais de aplicar, de forma independente, o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, em conformidade com o tipo de processos que lhes são submetidos ao abrigo do direito nacional, nunca foi restringido pelo Conselho através da aplicação do atual artigo 103.º TFUE.

⁴⁴ *Saeed*, n.º 29, e *Asjes*, n.ºs 52 a 56 e 59.

⁴⁵ *Saeed*, n.ºs 4 e 29, e *Asjes*, n.º 57.

⁴⁶ *Saeed*, n.ºs 4 e 29, e *Asjes*, n.º 59.

⁴⁷ V., por analogia, o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 22 de março de 1961, *Snupat/High Authority* (42/59 and 49/59, EU:C:1961:5, p. 87).

⁴⁸ Elemento que as recorrentes no processo principal contestam, mas que, em última análise, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

69. No entanto, a questão reside em saber se existem ou existiram restrições quanto à aplicação *ratione materiae* do artigo 101.º, n.º 1, TFUE ao caso específico do sector dos transportes aéreos.

3. *Âmbito de aplicação ratione materiae do artigo 101.º, n.º 1, TFUE*

70. As demandadas e a Comissão alegam que, uma vez que o Conselho não exerceu a sua competência nos termos do artigo 103.º, n.º 2, alínea c), TFUE para aplicar as regras do Tratado em matéria de concorrência ao sector dos transportes aéreos no seu conjunto, os órgãos jurisdicionais nacionais não se podiam ter pronunciado relativamente a uma ação intentada ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, no sentido de declarar tais acordos incompatíveis. Ou seja, mesmo que tivesse sido possível obter um efeito direto. Essas partes referem a exclusão específica de todo o sector dos transportes aéreos do Regulamento n.º 17/62 e a aplicação limitada das regras de concorrência às «rotas intra-União» do transporte aéreo através do Regulamento n.º 3975/87. Só a partir de 1 de maio de 2004, data de aplicação do Regulamento n.º 1/2003, conforme alterado, é que o sector dos transportes aéreos passaria a ser sujeito às regras do direito da União em matéria de concorrência⁴⁹.

71. Não concordo com estes argumentos.

72. Por força do artigo 103.º, n.º 1, TFUE, o Conselho estabelece «os regulamentos ou diretivas necessários à aplicação dos princípios constantes» do artigo 101.º O artigo 103.º, n.º 2, TFUE enumera em seguida exemplos de como o Conselho se pode empenhar nesse sentido. A alínea c) prevê que o Conselho pode «[d]efinir, quando necessário, [...] relativamente aos diversos sectores económicos», o âmbito do artigo 101.º

73. O carácter expressamente *opcional* dessa ação é o que distingue a alínea c) da alínea b) do artigo 103.º, n.º 2, TFUE e a *obrigação* de «dar corpo» ao artigo 101.º, n.º 3, TFUE. Com efeito, a referência da alínea c) desse artigo à expressão «quando necessário»⁵⁰ indica claramente que o âmbito dos princípios constantes do artigo 101.º TFUE se destinava, *por defeito*, a abranger a economia na sua totalidade, decidindo o Conselho se se deve afastar dessa situação para ramos específicos da economia.

74. O imperativo do mercado único subjacente a esse acordo é estranho: obviamente, o âmbito do artigo 101.º TFUE podia ter sido redigido com vista a alargar gradualmente, em partes «digeríveis», o âmbito do direito da concorrência da União. Desta forma, para a área específica dos transportes, como no caso da política agrícola comum, podia ter sido dada prioridade a essas abordagens sectoriais (específicas) sobre as regras (gerais) de concorrência⁵¹.

75. No entanto, não é esse o caso⁵². Assim, considero, especialmente à luz da estrutura dos artigos 101.º e 103.º TFUE, que o Tratado parte da perspectiva da plena aplicação das regras de concorrência a todo e qualquer ramo da economia. Para cumprir essa tarefa, estabeleceu uma

⁴⁹ V. artigo 45.º do Regulamento n.º 1/2003.

⁵⁰ Na mesma linha, «v případě potřeby» em checo; «in voorkomende gevallen» em neerlandês; «eventualmente» em italiano; «le cas échéant» em francês; «gegebenfalls» em alemão; ou «eventualmente» na versão em espanhol.

⁵¹ V., a este respeito, artigo 42.º TFUE e Acórdão de 14 de novembro de 2017, APVE e o. (C-671/15, EU:C:2017:860, n.os 36 a 38).

⁵² Asjes, n.º 45.

aplicação *ratione materiae* geralmente sem restrições do artigo 101.º TFUE, no interesse do funcionamento do mercado único⁵³, sujeita apenas à possibilidade «quando necessário» de exclusão sectorial específica constante do artigo 103.º, n.º 2, alínea c), TFUE.

76. Contrariamente ao que alegam as demandadas e a Comissão, os Regulamentos n.ºs 17/62 e 3975/87 não demonstram que o Conselho pretendeu limitar o âmbito de aplicação *ratione materiae* do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Com efeito, o Regulamento n.º 17/62 instituiu principalmente um sistema *processual* de aplicação pela Comissão do (então) artigo 85.º, n.ºs 1 e 3, do Tratado CEE (atual artigo 101.º, n.ºs 1 e 3, TFUE)⁵⁴. Não fez nenhuma referência ao âmbito de aplicação *ratione materiae* do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Do mesmo modo, o Regulamento (CEE) n.º 141/62 do Conselho, que altera o Regulamento n.º 17/62, limitou-se a prever que o sistema *administrativo* instituído pelo Regulamento n.º 17/62 não se aplicava ao sector dos transportes (e, portanto, aos transportes aéreos)⁵⁵. Essa exclusão, no entanto, não diz respeito ao âmbito de aplicação *ratione materiae* do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, quando aplicado pelos órgãos jurisdicionais nacionais ao sector dos transportes aéreos.

77. Por último, o Regulamento n.º 3975/87 «optou» parcialmente pelo sector dos transportes aéreos apenas para a aplicação *administrativa* das regras da União em matéria de concorrência. Conforme explicado no segundo considerando do referido regulamento, essa adesão parcial era necessária, uma vez que «a Comissão [não dispunha] [...] de meios de instruir diretamente os casos de presumível infração previstos nos artigos 85.º e 86.º do Tratado no sector dos transportes aéreos»⁵⁶. Mais uma vez, porém, este regulamento não contém nenhuma limitação do âmbito do artigo 101.º, n.º 1, TFUE numa ação de indemnização intentada por particulares nos órgãos jurisdicionais nacionais.

78. Por outras palavras, todo o mecanismo de suposta exclusão do sector dos transportes aéreos do (atual) artigo 101.º TFUE se limitou à tomada de medidas *administrativas* de aplicação dos princípios constantes dessa disposição⁵⁷. Os Regulamentos n.º 17/62 e n.º 3975/87 não prejudicaram a aplicação *judicial* pelos órgãos jurisdicionais nacionais, no âmbito das respetivas competências, que possuíam de forma autónoma ao abrigo do direito nacional, dos princípios atualmente consagrados no artigo 101.º, n.º 1, TFUE⁵⁸. Com efeito, a este respeito, concordo com as demandantes e com o Órgão de Fiscalização da EFTA: essa «via paralela» de eventual aplicação da proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE não foi afetada pelo direito derivado instituído pelo Conselho.

⁵³ V., neste sentido, Acórdão de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.º 36).

⁵⁴ V., por exemplo, o segundo, sexto e oitavo considerandos do Regulamento n.º 17/62. V. também artigos 2.º, 6.º, n.º 1, 8.º, n.º 1, e 9.º, n.º 3, desse regulamento.

⁵⁵ Conforme explicado no primeiro considerando do Regulamento n.º 141/62 (JO 124, p. 2751; EE 07 F1, p. 57). V. também o artigo 1.º desse regulamento.

⁵⁶ Segundo considerando do Regulamento n.º 3975/87.

⁵⁷ Como a própria Comissão explicou nas suas alegações no processo Asjes, «a inexistência das medidas de aplicação referidas no artigo 87.º [relativas ao *ratione materiae* do artigo 85.º do Tratado CEE] não impede que os juízes nacionais, se tal for necessário, sejam chamados a pronunciar-se sobre a compatibilidade de um acordo ou de uma determinada prática com as regras de concorrência, que têm efeito direto».

⁵⁸ Conforme já explicado nos n.ºs 43 a 47 das presentes conclusões, ao atribuírem competência administrativa para verificar a eventualidade de infrações ao direito da concorrência, esses regulamentos também atribuíram indiretamente competência para exercer a fiscalização jurisdicional dessas decisões administrativas (v. artigo 9.º do Regulamento n.º 17/62 e artigo 7.º do Regulamento n.º 3975/87, respetivamente). Contudo, mais uma vez, essas disposições, obviamente, não tiveram qualquer impacto sobre outras possíveis instâncias de aplicação judicial do artigo 101.º TFUE, em *qualquer outro tipo de processo* que possam ter sido intentados nos órgãos jurisdicionais nacionais.

79. Por conseguinte, a inexistência de regras específicas de direito nacional que regule a aplicação judicial do artigo 101.º TFUE não pode impedir que o Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão) aplique o artigo 101.º, n.º 1, TFUE ao sector dos transportes aéreos, caso esta disposição seja invocada no processo submetido à sua apreciação com vista à obtenção de uma decisão declaratória e uma indemnização por danos decorrentes do comportamento anticoncorrencial das demandadas nas rotas União-países terceiros antes de 1 de maio de 2004.

C. Relação entre o artigo 53.º do Acordo EEE e as principais regras da União em matéria de concorrência

80. O Governo norueguês e o Órgão de Fiscalização da EFTA alegam que, sendo o artigo 53.º do Acordo EEE de conteúdo idêntico ao artigo 101.º TFUE, o princípio da homogeneidade exige que estas duas disposições sejam interpretadas de modo uniforme. Na audiência, o Órgão de Fiscalização da EFTA explicou também que a inexistência de uma disposição equivalente ao artigo 104.º TFUE no Acordo EEE não afetaria essa leitura homogênea do artigo 101.º TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE porque, de qualquer forma, o artigo 104.º TFUE não limita o artigo 101.º TFUE.

81. A Comissão concorda que o artigo 101.º TFUE e o artigo 53.º do Acordo EEE devem ser lidos em harmonia. Contudo, na audiência, questionou se a inexistência de uma disposição equivalente ao artigo 104.º TFUE não afetaria essa missão, até porque os artigos 104.º e 105.º TFUE teriam por efeito retirar aos órgãos jurisdicionais nacionais a competência para aplicar diretamente o artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

82. Em substância, as demandadas adotam a mesma posição que a Comissão a este respeito. Assim, consideram que o «regime transitório» ao abrigo dos artigos 104.º a 105.º TFUE impedia o artigo 101.º, n.º 1, TFUE de ser diretamente aplicável, pelo que o artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE também deve ser interpretado no sentido de não produzir efeito direto antes de o Comité Misto declarar que o Regulamento n.º 1/2003 é aplicável no EEE a partir de 19 de maio de 2005.

83. À luz das minhas conclusões na secção B das presentes conclusões, concordo com as alegações do Governo norueguês e do Órgão de Fiscalização da EFTA.

84. É incontestável que o Acordo EEE faz parte integrante do direito da União⁵⁹. Quando as suas disposições são incondicionais e suficientemente precisas, têm efeito direto nos Estados-Membros⁶⁰. O Tribunal de Justiça também considerou que, em conformidade com o princípio da homogeneidade⁶¹, as disposições do Acordo EEE, que são de conteúdo idêntico às do Tratado, devem ser interpretadas de modo uniforme⁶².

⁵⁹ Acórdãos de 15 de junho de 1999, Andersson e Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, n.ºs 26 e 27), e de 2 de abril de 2020, Rуска Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, n.º 49 e jurisprudência referida).

⁶⁰ V., a este respeito, Acórdãos de 5 de fevereiro de 1976, Conceria Bresciani (87/75, EU:C:1976:18, n.º 25), e de 26 de outubro de 1982, Kupferberg (104/81, EU:C:1982:362, n.º 23). No que diz respeito ao Acordo EEE, v. Acórdão de 22 de janeiro de 1997, Opel Áustria/Conselho (T-115/94, EU:T:1997:3, n.ºs 101 a 102).

⁶¹ V. artigos 6.º, 105.º e 106.º do Acordo EEE e o artigo 3.º do Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça.

⁶² Acórdãos de 23 de setembro de 2003, Ospelt e Schlössle Weissenberg (C-452/01, EU:C:2003:493, n.º 29 e jurisprudência referida), e de 6 de outubro de 2009, Comissão/Espanha (C-153/08, EU:C:2009:618, n.ºs 48 e 49).

85. O artigo 101.º TFUE e o artigo 53.º do Acordo EEE estabelecem, respetivamente, uma proibição; o efeito dessa proibição; e uma possível derrogação a essa proibição. Atendendo ao princípio da homogeneidade, estas duas disposições devem, portanto, ser interpretadas de modo uniforme⁶³. Por conseguinte, à semelhança do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, o artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE também deve produzir efeito direto e criar direitos na esfera dos sujeitos jurídicos, os quais os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar⁶⁴.

86. À luz da equivalência entre o efeito do artigo 101.º TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE, não vejo de que forma o entendimento sobre o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, exposto nos n.ºs 55 a 68 das presentes conclusões, deveria ser diferente relativamente ao artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE. Assim, os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar o artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE para declarar determinados comportamentos anticoncorrenciais incompatíveis com essa disposição.

87. Por razões semelhantes às respeitantes ao artigo 101.º TFUE, também não posso acolher os argumentos das demandadas quanto ao âmbito limitado *ratione materiae* do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE. É certo que o artigo 1.º do Protocolo n.º 21 do Acordo EEE explica que o Órgão de Fiscalização da EFTA deve, em primeiro lugar, «aplicar os princípios consignados» no artigo 53.º do Acordo EEE. Pelo menos para esse efeito, reflete o artigo 103.º TFUE. No entanto, nada nos autos do processo sugere que o artigo 1.º do Protocolo n.º 21 do Acordo EEE tenha sido aplicado no sentido de limitar o âmbito do artigo 53.º do Acordo EEE ou a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicar essa disposição. Com efeito, conforme expliquei nos n.ºs 76 a 78 das presentes conclusões, os diversos atos de direito derivado adotados pelo Conselho nos termos do artigo 103.º, n.º 2, alínea c), TFUE, e integrados no Acordo EEE a partir da data da sua notificação, nunca tiveram o efeito de limitar o âmbito *ratione materiae* do artigo 53.º do Acordo EEE.

88. A inexistência de uma disposição equivalente ao artigo 104.º TFUE no Acordo EEE não afeta esta conclusão. Conforme expliquei no n.º 44 das presentes conclusões, o artigo 104.º TFUE não tem por efeito restringir o âmbito estrutural nem a aplicação do artigo 101.º TFUE. A sua inexistência não pode, portanto, afetar o âmbito ou a aplicação do artigo 53.º do Acordo EEE. Em qualquer caso, o artigo 104.º TFUE pretendia colmatar o período entre a entrada em vigor das regras de concorrência do Tratado e o momento em que o Conselho atua no sentido de criar um mecanismo administrativo para abordar o artigo 101.º TFUE, e especialmente o seu n.º 3⁶⁵.

89. Contudo, tal período de transição nem sequer ocorreu no que diz respeito ao Acordo EEE. Os Regulamentos n.º 17/62, n.º 141/62 e n.º 3975/87 passaram a fazer parte do Acordo EEE ao abrigo do anexo XIV a partir da data de notificação desse acordo. Do mesmo modo, o artigo 56.º do Acordo EEE não afeta esta conclusão, uma vez que se limita a estabelecer a competência partilhada (mas duopolizada) entre a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA para aplicar o artigo 53.º do Acordo EEE⁶⁶.

90. Por conseguinte, a meu ver, também não existem restrições ao âmbito *ratione materiae* do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE que obstem à possibilidade de as demandantes invocarem o efeito direto do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE perante o órgão jurisdicional de reenvio com

⁶³ V., por analogia, Acórdão do Tribunal da EFTA de 30 de maio de 2018, Fjarskipti/Síminn (E-6/17, Relatório de 2018 do Tribunal da EFTA, p. 81, n.º 28).

⁶⁴ Ibid., n.ºs 29 e 32 e jurisprudência referida. V. também Acórdão do Tribunal da EFTA de 17 de setembro de 2018, Nye Kystlink AS/Color Group AS e Color Line AS (E-10/17, Relatório de 2018 do Tribunal da EFTA, p. 293, n.º 71).

⁶⁵ V., *supra*, n.ºs 30 a 33 das presentes conclusões.

⁶⁶ V. n.º 29 da Comunicação relativa à cooperação entre os tribunais nacionais e o Órgão de Fiscalização da EFTA no que diz respeito à aplicação dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE (JO 1995, C 112, p. 7).

vista à obtenção de uma decisão declaratória e uma indemnização em relação à participação das demandadas na coordenação de diversos elementos dos preços dos serviços de frete aéreo em rotas EEE não pertencentes à União e países terceiros antes de 19 de maio de 2005.

D. Quadro geral: a aplicação das regras de concorrência na esfera pública e privada

91. Embora também faça parte da questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta as considerações feitas nas presentes conclusões, não me parece necessário abordar separadamente a natureza do artigo 6.º do Regulamento n.º 1/2003. Com efeito, conforme sugerido nas secções anteriores, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros sempre foram competentes para aplicar (a proibição substantiva constante do) artigo 101.º, n.º 1, TFUE, *no âmbito das respetivas competências e para efeitos dos processos que lhes são submetidos*. Por conseguinte, não há necessidade de o Tribunal de Justiça analisar, no âmbito do presente processo, se, e a partir de que momento, existe também uma «fonte» de direito derivado de habilitação nos termos do artigo 6.º do Regulamento n.º 1/2003.

92. Mais uma vez, gostaria de sublinhar «o âmbito das respetivas competências» de que esses órgãos jurisdicionais nacionais já dispõem ao abrigo do direito nacional. Conforme as demandadas e a Comissão corretamente observam, o «regime transitório» dos artigos 103.º e 104.º TFUE não conferia competências expressas aos órgãos jurisdicionais nacionais. Com efeito, não havendo uma lei nacional que contenha disposições expressas nesse sentido, os órgãos jurisdicionais nacionais não podem retirar do artigo 101.º, n.º 1, TFUE ou do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE competências para proceder à instrução ou prossecução da ação penal semelhantes às conferidas às autoridades administrativas competentes dos Estados-Membros habitualmente incumbidas de detetar infrações ao direito da concorrência em procedimentos administrativos ou mesmo penais. No entanto, pela mesma ordem de ideias, este enquadramento também *não podia ter retirado nada* aos órgãos jurisdicionais nacionais. Simplificando, este quadro constitucional não concedeu nem retirou nada aos órgãos jurisdicionais nacionais. Nenhuma forma de direito primário ou derivado da União pretendeu limitar a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais de aplicarem diretamente o artigo 101.º, n.º 1, TFUE ou o artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE, nos casos em que estas disposições são invocadas num processo submetido à sua apreciação, para proteção dos direitos subjetivos decorrentes do direito da União.

93. A ação de responsabilidade intentada pelas demandantes no caso em apreço ilustra este aspeto. À semelhança de qualquer outro órgão jurisdicional nacional na União, o órgão jurisdicional de reenvio é competente para determinar essa responsabilidade ao abrigo das disposições nacionais aplicáveis. Para efeitos da apreciação de um erro que deu origem a essa responsabilidade, a questão de saber se uma empresa violou ou não as suas obrigações legais é normalmente o primeiro elemento que se verifica a este respeito. No entanto, essa apreciação é naturalmente parte da decisão (de direito privado) sobre a eventual responsabilidade, e não de um regime de aplicação de direito público (impulsionado pela autoridade administrativa).

94. Se não fosse esse o caso, tais ações de aplicação da lei seriam apenas de natureza «subsequente», no sentido de dar seguimento, essencialmente dependentes de uma declaração anterior de direito público (e presumivelmente idênticas quanto ao âmbito) para o efeito. Em todos os restantes casos, as ações «autónomas» seriam excluídas do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

95. No entanto, esta tese (ou certamente este resultado) é simplesmente incompatível com a natureza do sistema e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶⁷. É certo que, tendo em vista o ónus probatório bastante pesado que qualquer demandante provavelmente enfrentará em ações de direito privado «autónomas» por infrações ao direito da concorrência, tais ações serão provavelmente raras na prática. Por conseguinte, a decisão de uma autoridade pública, como é o caso da Comissão, numa investigação paralela ou prévia é suscetível de ser de extrema importância para as ações «autónomas»⁶⁸. Contudo, afirmar que, do ponto de vista jurídico, a necessidade de coerência e coordenação nesta área do direito implica impedir os órgãos jurisdicionais nacionais de exercerem as suas funções ao abrigo do direito nacional e da União não corresponde à verdade: a proteção dos direitos dos particulares também decorre diretamente de disposições do direito da União que produzem efeito direto.

96. A especificidade dessa proposta torna-se ainda mais óbvia se considerarmos a forma tradicional de aplicação de qualquer outra área do direito administrativo, quer se trate, por exemplo, de direito ambiental, saúde pública, segurança pública ou as regras relativas à segurança no trabalho. Nessas áreas, é provável que exista especificamente uma autoridade pública especializada a nível nacional incumbida da tarefa de supervisionar e fazer cumprir as normas substantivas relevantes. No entanto, poderia sugerir-se que só porque uma determinada autoridade pública não investigou ou instaurou o processo (ou fê-lo, mas por qualquer motivo interrompeu ou limitou o processo administrativo), o mesmo comportamento não poderia dar origem a uma ação de indemnização de direito privado pela pessoa lesada?

97. Por todas estas razões, não posso concordar com a análise criteriosa da High Court of England and Wales (Tribunal Superior de Inglaterra e País de Gales) no Acórdão *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc*⁶⁹, invocada pelo órgão jurisdicional de reenvio e discutida pelas partes no presente processo. Conforme procurei realçar nas secções anteriores das presentes conclusões, em primeiro lugar, a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para aplicarem de forma autónoma o conteúdo do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, no âmbito das respetivas competências já previstas no direito nacional, como é o caso da ação de indemnização, não exigia, ao contrário das medidas administrativas de aplicação, nenhuma cláusula de habilitação expressa ao abrigo do direito da União⁷⁰. Em segundo lugar, os acórdãos de *Geus*, *Asjes* e *Saeed* são, a meu ver, parcialmente obsoletos. Não podem ser aplicados às circunstâncias específicas do processo principal, porque nenhuma das questões que condicionaram a abordagem adotada nesses processos se coloca, efetivamente, no processo principal⁷¹.

98. Por outras palavras, embora reconheça plenamente a necessidade de o artigo 101.º TFUE ser internamente coerente, simplesmente não subscrevo, no contexto específico do presente processo, a redução *pars pro toto* proposta por algumas partes interessadas. O facto de uma *parte*

⁶⁷ V., entre outros, Acórdãos de 20 de setembro de 2001, *Courage e Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, n.º 26); de 13 de julho de 2006, *Manfredi e o.* (C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, n.º 60); de 6 de novembro de 2012, *Otis e o.* (C-199/11, EU:C:2012:684, n.º 41); de 6 de junho de 2013, *Donau Chemie e o.* (C-536/11, EU:C:2013:366, n.º 21); de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389, n.º 28); de 5 de junho de 2014, *Kone e o.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, n.º 21); de 14 de março de 2019, *Skanska Industrial Solutions e o.* (C-724/17, EU:C:2019:204, n.º 25 e de 12 de dezembro de 2019, *Otis Gesellschaft e o.* (C-435/18, EU:C:2019:1069, n.º 22).

⁶⁸ Além disso, a fim de evitar qualquer risco de decisões conflitantes — v., em geral, Acórdão de 14 de dezembro de 2000, *Masterfoods e HB* (C-344/98, EU:C:2000:689, n.ºs 59 e 60), se necessário dando origem a um «pedido Zwartveld» — v. Despacho de 13 de julho de 1990, *Zwartveld e o.* (C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, n.º 22).

⁶⁹ Acórdão de High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division), de 4 de outubro de 2017 proferido no processo *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), conforme confirmado pelo Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) (Tribunal de Recurso de Inglaterra e País de Gales) de 29 de janeiro de 2019 no Acórdão *La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc* [2019] EWCA Civ 37.

⁷⁰ Contrariamente a *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), [41] a [52].

⁷¹ Contrariamente a *Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc* [2017] EWHC 2420 (Ch), [53] a [63].

do processo para a aplicação administrativa do artigo 101.º TFUE ter sido em algumas fases *centralizada* não pode significar que ninguém mais poderia ter aplicado o *conteúdo* que decorre dessa disposição, incluindo nos casos em que as isenções ou exceções claramente não são possíveis.

99. O presente processo foi, com efeito, uma interessante viagem no tempo ou mesmo um exercício de arqueologia jurídica que remonta a 1962. No entanto, embora as presentes conclusões sejam efetivamente muito circunscritas pelo ora obsoleto quadro jurídico, a lógica que o rege não o é. No plano estrutural, as disposições do direito da União com efeito direto são, por defeito, executórias nos órgãos jurisdicionais nacionais, independentemente da eventual centralização de (parte da) competência administrativa para a sua aplicação junto de certas autoridades administrativas. No contexto específico do direito da concorrência, isto significa que as empresas que violam as regras da concorrência leal não se podem refugiar na falta de medidas administrativas de aplicação e devem esperar que os pedidos de indemnização sejam apresentados diretamente nos órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros pelas partes alegadamente lesadas.

V. Conclusão

100. Proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial submetida pelo Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão, Países Baixos) da seguinte forma:

Uma parte alegadamente lesada pela coordenação de diversos elementos do preço cobrado pelas transportadoras pelos serviços de frete aéreo em rotas entre aeroportos dentro da União Europeia e/ou no Espaço Económico Europeu, e entre aeroportos situados nesses territórios e países terceiros, pode invocar a violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu num órgão jurisdicional nacional para obter a reparação dos danos por parte dessas transportadoras, mesmo pelo período em que os artigos 104.º e 105.º TUE ainda eram aplicáveis.