Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 6 mai 2021 [1]

Affaire C-819/19

Stichting Cartel Compensation,
Equilib Netherlands BV
contre
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

[demande de décision préjudicielle formée par le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam, Pays-Bas)]

« Renvoi préjudiciel – Article 101 TFUE et article 53 de l'accord EEE – Règles de mise en œuvre de l'article 103 TFUE – Régime transitoire des articles 104 et 105 TFUE – Accords et pratiques concertées sur plusieurs éléments des prix des services de fret aérien (instauration de surtaxes carburant et de surtaxes sécurité, refus de payer une commission sur les surtaxes) – Demande d'indemnité – Effet direct – Compétence des juridictions nationales »

[1] Langue originale : l'anglais.

I. Introduction

1. Stichting Cartel Compensation et Equilib Netherlands BV (ci-après les « requérantes ») demandent un jugement déclaratoire et la condamnation des parties défenderesses [2] à des dommages-intérêts pour violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord sur l'Espace économique européen (ci-après l'« accord EEE ») pour avoir coordonné divers éléments du prix à facturer pour des services de fret aérien sur des liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur et en provenance de l'Union européenne et de l'Espace économique européen (EEE).

2. Cette pratique aurait eu lieu pendant une période au cours de laquelle le Conseil n'avait pas encore adopté de dispositions d'exécution pour certaines parties du secteur du transport aérien afin de donner « plein effet » aux principes énoncés à l'article 101 TFUE. Pour cette raison, les défenderesses font valoir que l'application de l'article 101 TFUE est demeurée de la seule compétence des autorités administratives des États membres et de la Commission européenne dans le cadre du « régime transitoire » prévu aux articles 104 et 105 TFUE.

3. La présente affaire soulève la question de la compétence des juridictions nationales pour appliquer l'article 101, paragraphe 1, TFUE et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE à des pratiques anticoncurrentielles qui se sont déroulées sous l'empire de ce « régime transitoire ». Toutefois, cette question, peut-être technique et temporaire, soulève, à son tour, une question plus fondamentale concernant l'(inter)dépendance entre l'application publique (administrative) et l'application privée (judiciaire) des règles de concurrence de l'Union.

II. Le cadre juridique

A. Le traité FUE

4. Les articles 101 à 105 TFUE fixent les règles de concurrence. Les dispositions suivantes sont pertinentes pour la présente affaire :

« Article 101

(ex-article 81 TCE)

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

[...]

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

[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, et SAS Cargo Group A/S (conjointement désignées ci-après comme les « défenderesses »).

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

– à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

– à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

– à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

[...]

Article 103

(ex-article 83 TCE)

1. Les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 sont établis par le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

2. Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment :

[...]

b) de déterminer les modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif,

c) de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 101 et 102,

[...]

Article 104

(ex-article 84 TCE)

Jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 103, les autorités des États membres statuent sur l'admissibilité d'ententes et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur, en conformité du droit de leur pays et des dispositions des articles 101, notamment paragraphe 3, et 102.

Article 105

(ex-article 85 TCE)

1. Sans préjudice de l'article 104, la Commission veille à l'application des principes fixés par les articles 101 et 102. Elle instruit, sur demande d'un État membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des États membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin.

2. S'il n'est pas mis fin aux infractions, la Commission constate l'infraction aux principes par une décision motivée. Elle peut publier sa décision et autoriser les États membres à prendre les mesures nécessaires, dont elle définit les conditions et les modalités pour remédier à la situation.

3. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'accords à l'égard desquelles le Conseil a adopté un règlement ou une directive conformément à l'article 103, paragraphe 2, [sous] b). »

B. L'accord EEE

5. L'accord EEE vise à « favoriser un renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes, dans des conditions de concurrence égales et le respect des mêmes règles, en vue de créer un [EEE] [...] » [3].

6. Aux termes de l'article 6 de l'accord EEE :

« Sans préjudice de l'évolution future de la jurisprudence, les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles sont identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté économique européenne, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et des actes arrêtés en application de ces deux traités, sont, pour leur mise en œuvre et leur application, interprétées conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature du présent accord. »

7. L'article 53 de l'accord EEE est identique en substance à l'article 101 TFUE.

8. Aux termes de l'article 55 de l'accord EEE :

« 1. Sans préjudice des dispositions d'exécution des articles 53 et 54 figurant dans le protocole 21 et à l'annexe XIV, la Commission des CE et l'Autorité de surveillance AELE instituée à l'article 108, paragraphe 1, veillent à l'application des principes fixés aux articles 53 et 54.

L'autorité de surveillance compétente en vertu de l'article 56 instruit soit d'office, soit sur demande d'un État sur le territoire concerné, soit sur demande de l'autre autorité de surveillance, les cas d'infraction présumée auxdits principes. L'autorité de surveillance compétente instruit ces cas en coopération avec les autorités nationales compétentes sur le territoire concerné ainsi qu'avec l'autre autorité de surveillance, qui lui prête assistance conformément à ses propres règles internes.

[3] Accord sur l'Espace économique européen (JO 1994, L 1, p. 3), article 1er, paragraphe 1.

Si cette autorité constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin.

2. S'il n'est pas mis fin à l'infraction, l'autorité de surveillance compétente constate l'infraction aux principes par une décision motivée.

L'autorité de surveillance compétente peut publier sa décision et autoriser les États à l'intérieur de son territoire à prendre, dans les conditions et selon les modalités qu'elle définit, les mesures nécessaires pour remédier à la situation. Elle peut également demander à l'autre autorité de surveillance d'autoriser les États à l'intérieur de son territoire à prendre de telles mesures. »

III. Les faits à l'origine du litige, la procédure au principal et la question préjudicielle

9. Le 9 novembre 2010, la Commission a adopté la décision C(2010) 7694 final relative à une procédure d'application de l'article 101 [TFUE], de l'article 53 de l'accord EEE et de l'article 8 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien [4] (ci-après la « décision de 2010 ») [5].

10. À ses articles 1 à 4, la décision de 2010 contenait des constatations selon lesquelles plusieurs transporteurs étaient impliqués dans la coordination des différents éléments du prix à facturer pour des services de fret aérien sur des liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur de l'Union et/ou de l'EEE ; entre des aéroports situés à l'intérieur de l'Union et/ou de l'EEE et des pays tiers ; et entre des aéroports situés à l'intérieur de l'Union et de la Suisse, en violation de l'article 101 TFUE, de l'article 53 de l'accord EEE, et de l'article 8 de l'accord suisse, pour des périodes différentes (ci-après les « comportements en cause »). En application de la décision de 2010, cette infraction a duré au total du mois de décembre 1999 au mois de février 2006.

11. Dans ses arrêts du 16 décembre 2015, le Tribunal de l'Union a partiellement annulé la décision de 2010 à l'égard des requérantes dans les affaires dont il était saisi [6]. En substance, le Tribunal a constaté que la décision de 2010 était entachée de contradictions entre ses motifs et le dispositif [7].

12. Le 17 mars 2017, la Commission a adopté la décision C(2017) 1742 final relative à une procédure d'application de l'article 101 TFUE, de l'article 53 de l'accord EEE et de l'article 8 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (affaire AT.39258 – Fret aérien) (ci-après la « décision de 2017 ») [8]. La décision de 2017 a maintenu en substance la décision de 2010. Elle a également confirmé la durée globale de l'infraction du mois de décembre 1999 au mois de février 2006.

4 Ci-après l'« accord suisse ».

5 Affaire C.39258 – Fret aérien (JO 2014, C 371, p. 9).

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

7 Voir, notamment, arrêt du 16 décembre 2015, Air Canada/Commission (T-9/11, non publié, EU:T:2015:994, point 60).

8 JO 2017, C 188, p. 11. La décision de 2017 n'a pas été rendue publique. Toutefois, un résumé des conclusions est disponible. Voir résumé de la [décision de 2017] (JO 2017, C 188, p. 14) (ci-après le « résumé de la décision de 2017 »).

13. Conformément au résumé de la décision de 2017, la Commission a constaté que plusieurs transporteurs étaient impliqués dans une entente relative aux comportements en cause. Ces comportements ont violé l'article 101 TFUE, l'article 53 de l'accord EEE et l'article 8 de l'accord suisse. L'entente portait, en premier lieu, sur les liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur de l'Union (ci-après les « liaisons intra-UE ») ; en deuxième lieu, sur les liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur de l'Union et des aéroports situés en dehors de l'EEE (ci-après les « liaisons UE-pays tiers ») ; en troisième lieu, sur les liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur de l'EEE (ci-après les « liaisons intra-EEE ») ; en quatrième lieu, sur les liaisons entre des aéroports situés dans des pays qui sont parties contractantes à l'accord EEE, mais qui ne sont pas des États membres de l'Union, et des aéroports situés dans des pays tiers (ci-après les « liaisons avec des pays tiers parties contractantes à l'EEE, mais non membres de l'Union »), et, en cinquième lieu, sur les liaisons entre des aéroports de l'Union et de Suisse (ci-après les « liaisons UE-Suisse »).

14. Le résumé de la décision de 2017 précise l'infraction et les amendes infligées pour différentes périodes en ce qui concerne différentes liaisons de la manière suivante :

– pour les liaisons intra-UE, la Commission était compétente pour constater une infraction et infliger des amendes pour un comportement concernant le transport aérien entre aéroports de l'Union avant le 1er mai 2004. En effet, *avant* cette date, le règlement (CEE) nº 3975/87 [9] conférait à la Commission des compétences d'exécution pour appliquer l'article 101 TFUE en ce qui concerne les transports aériens entre les seuls aéroports de l'Union. Les transports aériens entre des aéroports de l'Union et des aéroports de pays tiers étaient toutefois exclus du champ d'application de ce règlement ;

– pour les liaisons UE-pays tiers, la compétence de la Commission se limitait, pour les mêmes raisons, à des comportements *postérieurs* au 1er mai 2004 ;

– pour les liaisons intra-EEE, la Commission était compétente pour constater une infraction et infliger des amendes pour la totalité de la période allant de l'année 1999 à l'année 2006 ;

– pour les liaisons avec des pays tiers parties contractantes à l'EEE, mais non membres de l'Union, la décision nº 130/2004 [10] et la décision nº 40/2005 [11] sont entrées en vigueur le 19 mai 2005. À compter de cette date, le règlement (CE) nº 411/2004 [12] et le règlement (CE) nº 1/2003 [13] sont devenus applicables dans le cadre de l'accord EEE. Dès lors, la Commission n'a pas constaté d'infraction ni imposé d'amendes pour des comportements concernant des liaisons entre des pays de l'EEE qui n'étaient pas membres de l'Union et des pays tiers avant le 19 mai 2005.

[9] Règlement du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens (JO 1987, L 374, p. 1).

[10] Décision du Comité mixte de l'EEE du 24 septembre 2004 modifiant l'annexe XIV (Concurrence), le protocole 21 (concernant la mise en œuvre des règles de concurrence applicables aux entreprises) et le protocole 23 (concernant la coopération entre les autorités de surveillance) de l'accord EEE (JO 2005, L 64, p. 57).

[11] Décision du Comité mixte de l'EEE du 11 mars 2005 modifiant l'annexe XIII (Transports) et le protocole 21 (concernant la mise en œuvre des règles de concurrence applicables aux entreprises) de l'accord EEE (JO 2005, L 198, p. 38).

[12] Règlement du Conseil du 26 février 2004 abrogeant le règlement nº 3975/87 et modifiant le règlement (CEE) nº 3976/87 ainsi que le règlement (CE) nº 1/2003, en ce qui concerne les transports aériens entre la Communauté et les pays tiers (JO 2004, L 68, p. 1).

[13] Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1).

15. La décision de 2017 a également été attaquée devant le Tribunal [14]. Ces affaires sont pendantes.

16. Dans le même temps, les requérantes ont engagé une procédure civile contre les défenderesses devant le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam, Pays-Bas). Cette juridiction explique que ces sociétés requérantes ont été spécifiquement créées afin de poursuivre les créances qui leur ont été cédées à titre de dommages-intérêts résultant des constatations de la Commission relatives à des infractions au droit de la concurrence.

17. Les requérantes sollicitent un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts. D'une part, elles demandent à la juridiction de renvoi de constater que les défenderesses ont commis des infractions au cours de la période allant de l'année 1999 à l'année 2006, c'est-à-dire également antérieurement, premièrement, au 1er mai 2004 (pour les liaisons UE-pays tiers) ; deuxièmement, au 19 mai 2005 (pour liaisons avec des pays tiers parties contractantes à l'EEE, mais non membres de l'Union), et, troisièmement, au 1er juin 2002 pour les liaisons UE-Suisse (ci-après les « périodes litigieuses »). D'autre part, elles demandent à la juridiction de renvoi de condamner solidairement les défenderesses au paiement de dommages-intérêts pour les comportements anticoncurrentiels en cause.

18. Selon la juridiction de renvoi, les requérantes fondent leurs demandes sur l'effet direct de l'article 101 TFUE pour établir la compétence de la juridiction nationale, pour les périodes litigieuses, indépendamment de la mise en œuvre administrative du droit de la concurrence.

19. Dans sa décision, la juridiction de renvoi s'estime compétente pour appliquer l'article 101 TFUE aux comportements en cause et pour les périodes litigieuses. Toutefois, la juridiction de renvoi relève expressément que cette position s'écarte de l'arrêt rendu par la High Court of Justice (England & Wales) [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), Royaume-Uni] dans l'affaire Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [15], tel que confirmé par la Court of Appeal (England & Wales) [Cour d'appel (Angleterre et pays de Galles), Royaume-Uni], dans l'arrêt La Gaitana Farms SA e.a./British Airways Plc [16].

20. Le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam), nourrissant des doutes quant à sa compétence pour appliquer l'article 101, paragraphe 1, TFUE et l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE aux périodes litigieuses, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Le juge national est-il compétent, dans un litige opposant des parties lésées (en l'espèce, les expéditeurs, à savoir ceux qui achètent des services de fret aérien) à des compagnies aériennes, pour appliquer pleinement l'article 101 TFUE, ou du moins l'article 53 de l'accord EEE – soit en raison de l'effet direct de l'article 101 TFUE, ou du moins de l'article 53 de l'accord EEE, soit en vertu de (l'effet immédiat de) l'article 6 du règlement nº 1/2003 – aux accords/pratiques concertées des compagnies aériennes en ce qui concerne des services de fret sur des vols ayant été

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

[15] Arrêt de la High Court of Justice of England & Wales, Chancery Division (Haute Cour de justice d'Angleterre et du pays de Galles, division de la Chancery) du 4 octobre 2017, Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [2017] EWHC 2420 (Ch).

[16] Arrêt de la Court of Appeal of England & Wales (Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles) du 29 janvier 2019 dans l'affaire La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc [2019] EWCA Civ 37.

effectués, d'une part, avant le 1er mai 2004 sur des liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur de l'[Union] et des aéroports situés en dehors de l'EEE et, d'autre part, avant le 19 mai 2005 sur des liaisons entre l'Islande, le Liechtenstein ou la Norvège et des aéroports situés en dehors de l'EEE, ainsi que sur des vols ayant été effectués avant le 1er juin 2002 entre des aéroports situés à l'intérieur de l'[Union] et la Suisse, et ce également au cours de la période durant laquelle le régime transitoire prévu aux articles 104 et 105 TFUE était en vigueur, ou bien le régime transitoire s'y oppose-t-il ? »

21. Des observations écrites ont été déposées par les requérantes, les défenderesses, le gouvernement norvégien, l'Autorité de surveillance AELE ainsi que par la Commission. Ces parties, à l'exception du gouvernement norvégien, ont également été entendues lors de l'audience qui s'est tenue le 21 janvier 2021.

IV. Appréciation

22. Les présentes conclusions sont structurées comme suit. Tout d'abord, je commencerai par examiner le contexte juridique de la présente affaire (A). J'aborderai ensuite l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE par la juridiction de renvoi (B). Puis j'examinerai les règles équivalentes de l'accord EEE (C). Enfin, je terminerai par des observations plus générales sur la mise en œuvre judiciaire des règles de concurrence (D).

A. Le cadre du traité FUE et le « régime transitoire »

23. Compte tenu de l'importance du cadre du traité relatif aux règles de concurrence dans la présente affaire, j'estime nécessaire de commencer les présentes conclusions en exposant les différents éléments de l'article 101 TFUE et d'examiner attentivement le supposé « caractère transitoire » du régime d'exécution prévu à l'article 104 et à l'article 105, paragraphe 1, TFUE (1). Puis je résumerai brièvement l'argumentation des parties et je les replacerai dans le contexte de la question posée par la juridiction de renvoi (2).

1. Un « caractère transitoire » au regard de quoi ?

24. L'article 101 TFUE est structuré de manière simple. Son premier paragraphe interdit *tous* les accords ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Le deuxième paragraphe explique la conséquence de cette interdiction : *tous* les accords ou décisions interdits en vertu du premier paragraphe sont nuls de plein droit. Le troisième paragraphe prévoit ensuite une exception à l'interdiction : « [...] [le] paragraphe 1 peu[t] être déclar[é] inapplicabl[e] » dans certains cas.

25. L'article 101 TFUE constitue une disposition substantiellement complète et autonome. Il est formulé en termes généraux. Il ne fait état d'aucune mesure d'exécution et aucun élément inhérent à l'article 101 TFUE ne suggère que sa portée ou son application sont limitées. De plus, et cela importe davantage en l'espèce, l'article 101 TFUE est neutre au regard de la situation institutionnelle. Il ne privilégie pas une institution (ou un type d'institution) par rapport à une autre. À cet égard, le libellé de cette disposition peut être comparé à celui de l'article 65, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Cet article avait précisé que « la Haute Autorité a compétence exclusive » pour déterminer si un accord prohibé est compatible avec cette disposition.

26. À partir de son seul libellé, il est donc difficile de suggérer que l'article 101 TFUE doit s'appliquer différemment de *toute autre* disposition du traité FUE visant une institution appliquant le droit de l'Union, qu'il s'agisse d'une institution des États membres ou de l'Union.

27. Ce n'est qu'en vertu des articles 103 à 105 TFUE que des éléments de différenciation et de « transition » sont introduits dans l'application de l'article 101 TFUE.

28. Ainsi, à son premier paragraphe, l'article 103 TFUE précise qu'il appartient au Conseil d'arrêter « [l]es règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant » à l'article 101 TFUE. Le second paragraphe de cet article fournit des exemples non exhaustifs de modalités d'exercice de cette compétence. Les points sous b) et c) de ce paragraphe présentent un intérêt particulier aux fins de la présente affaire. Ces points traitent, respectivement, des « modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier [...] le contrôle administratif » et de la définition, « dans les diverses branches économiques, [du] champ d'application des dispositions » de l'article 101 TFUE. En d'autres termes, l'article 103 TFUE fait peser sur le Conseil la charge de déterminer le champ d'application et la surveillance administrative de l'article 101 TFUE.

29. Cela étant dit, que se passe-t-il jusqu'à ce que le Conseil décide d'exercer ses compétences, tel que prévu à l'article 103 TFUE ?

30. C'est à ce niveau que les articles 104 et 105 TFUE sont pertinents. Ces dispositions instituent le « régime transitoire ». En vertu de ce régime, les autorités (administratives) des États membres étaient responsables de la mise en œuvre des principes (désormais) contenus à l'article 101 TFUE. Cela incluait l'octroi d'exonérations au titre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE. Pendant la période d'application de ce régime, la Commission n'a joué qu'un rôle mineur dans l'application des règles de concurrence, et ce « sans préjudice » des missions incombant aux autorités nationales des États membres.

31. Compte tenu de ce cadre constitutionnel, la notion de régime « transitoire » est en quelque sorte un abus de langage. Il est vrai que, dans sa rédaction *initiale*, l'article 87 du traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après le « traité CEE ») disposait que le Conseil exercerait les compétences qui lui sont attribuées par (ce qui est devenu) l'article 103 TFUE *dans un délai de trois ans*. Ce délai a expiré sans que le Conseil ait exercé ces compétences. Néanmoins, le traité d'Amsterdam a remplacé la référence (devenue obsolète) au délai de mise en œuvre de trois ans par une obligation générale pour le Conseil d'adopter les règlements et directives appropriés afin de « donner effet » à (ce qui est maintenant) l'article 101 TFUE[17]. Il confirme ainsi, de jure, que le prétendu « caractère transitoire » du régime « transitoire » institué par (ce qui constitue maintenant) les articles 104 et 105 TFUE a disparu, ce qui était déjà le cas de facto depuis un certain temps.

32. Vu sous cet angle, l'article 104 TFUE a effectivement prévu une *règle par défaut* sur les modalités de traitement de l'admissibilité des accords relevant du champ d'application de l'article 101 TFUE. En vertu de cette disposition, les autorités des États membres seraient compétentes pour veiller au respect des règles de concurrence du traité pour une durée indéterminée *jusqu'à* ce que le Conseil agisse en instaurant un autre mécanisme administratif de mise en œuvre des règles de concurrence du traité.

[17] Article 6, paragraphe 46, du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes (JO 1997, C 340, p. 1).

33. En d'autres termes, s'il est vrai que le régime « transitoire » a été établi à l'origine pour une période limitée, il est devenu de moins en moins « transitoire » avec le temps, puisqu'il n'y avait pas de « transition », au sens commun du terme, d'une situation à une autre. Au contraire, ce régime aurait plutôt été « potentiellement modulaire » en ce qui concerne les éléments spécifiques de décentralisation (et de réattribution) de la compétence pour faire exécuter certaines parties de l'article 101 TFUE. Ce dernier point est confirmé par le développement de l'ensemble du régime, qui n'a cessé de faire des allers-retours au fil des années : de la décentralisation intégrale à la recentralisation de certains éléments, suivie d'une nouvelle décentralisation partielle, avec les règles de compétence prévues à l'article 103, paragraphe 2, TFUE, qui tiennent compte textuellement de ces modifications sans aucun problème.

2. Le rôle des juridictions nationales dans le cadre du « régime transitoire »

34. Les articles 103 à 105 TFUE sont muets quant au rôle des juridictions nationales dans l'application de l'article 101 TFUE, que ce soit dans le cadre du régime « transitoire » ou autrement. Tel est l'objet de la présente affaire. En effet, la juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir si les juridictions nationales peuvent appliquer l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsque les pratiques anticoncurrentielles en cause ont eu lieu, pour l'essentiel, durant la période d'application du « régime transitoire ».

35. À première vue, cette discussion peut porter sur une époque révolue. Toutes les parties à la présente affaire s'accordent sur le fait que le règlement n° 1/2003 confère aux juridictions nationales la compétence pour appliquer intégralement l'article 101 TFUE ou, à tout le moins, a confirmé son existence. Toutefois, en termes pratiques, la solution au problème soulevé par le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam) affectera l'exercice plus large de droits privés visant à obtenir des dommages-intérêts pour les dommages causés par un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, quel que soit le moment où ce comportement a eu lieu et quelle que soit l'autorité administrative saisie de ce comportement.

36. Les requérantes au principal tentent de faire valoir des droits privés de cette manière. En effet, la Commission a constaté, dans sa décision de 2017, l'existence de preuves de pratiques continues de coordination des prix dans le secteur du fret aérien de l'année 1999 à l'année 2006. Toutefois, en raison du régime de droit dérivé mis en place par le Conseil en vertu de l'article 103 TFUE, la Commission a limité ses constatations relatives à une violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, respectivement, aux liaisons entre pays tiers à partir du 1er mai 2004 et aux liaisons avec des pays tiers parties contractantes à l'EEE, mais non membres de l'Union, à compter du 19 mai 2005. Par conséquent, si les objections des défenderesses à la compétence de la juridiction nationale étaient accueillies, la période antérieure à ces dates serait, en effet, exclue du champ des actions civiles en réparation d'un comportement anticoncurrentiel au titre de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

37. Dans une large mesure, la question sous-jacente et générale de la présente affaire porte donc sur le point de savoir si l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE par les juridictions nationales peut être encadrée ou exclue de manière générale par des actes de droit dérivé restreignant la mise en œuvre administrative des règles de concurrence de l'Union.

38. Dans les observations des parties intéressées, la réponse à cette question est dissimulée par de nombreuses strates de jurisprudence et de droit dérivé. En substance, les requérantes, l'Autorité de surveillance AELE et le gouvernement norvégien expliquent que le « régime transitoire » n'a limité l'application des principes qui sous-tendent l'article 101, paragraphe 1, TFUE que par la

« voie administrative ». Cela n'a toutefois pas limité l'effet direct de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE lorsqu'ils sont invoqués devant les juridictions nationales, c'est-à-dire par la « voie judiciaire » indépendante.

39. Les défenderesses, soutenues pour l'essentiel par la Commission, le contestent. Selon elles, les juridictions nationales n'étaient pas compétentes pour appliquer l'article 101, paragraphe 1, TFUE, et ce pour deux raisons. D'une part, le Conseil, agissant sur le fondement de l'article 103 TFUE, a limité le champ d'application ratione materiae de l'article 101 TFUE. Dès lors, le secteur du transport aérien n'a pas été pleinement soumis aux « principes » contenus dans cette disposition avant la date d'application du règlement nº 1/2003. D'autre part, en vertu du « régime transitoire », seule une autorité nationale de concurrence, et, dans certains cas, la Commission, pouvait prendre position sur la compatibilité d'un accord anticoncurrentiel avec l'article 101 TFUE. Compte tenu de ces limitations de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, le principe d'homogénéité exige de limiter l'effet direct de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE de la même manière.

40. La réponse correcte à cette thèse découle, à mon sens, directement de l'article 101 TFUE, de l'article 53 de l'accord EEE et des règles de concurrence au sens large. Je vais donc maintenant aborder cette question.

B. Sur l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE par la juridiction de renvoi dans la présente affaire

41. De manière générale, trois problématiques doivent être discutées en ce qui concerne l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE par les juridictions nationales. En premier lieu, les éventuels effets limitatifs du « régime transitoire » prévu aux articles 104 et 105 TFUE sur l'article 101 TFUE en ce qui concerne les compétences ordinaires des juridictions nationales (1). En deuxième lieu, la mesure dans laquelle l'effet direct des principes désormais contenus à l'article 101, paragraphe 1, TFUE est invoqué par une partie souhaitant faire valoir ses droits devant les juridictions nationales (2). En troisième lieu, le champ d'application ratione materiae de l'article 101, paragraphe 1, TFUE dans le cas d'espèce, à savoir le secteur du transport aérien (3). J'examinerai chacune de ces questions l'une après l'autre.

1. Sur l'incidence du « régime transitoire » sur l'article 101 TFUE

42. Dans leurs observations, les défenderesses font valoir, en substance, que le « régime transitoire » prévu aux articles 104 et 105 TFUE prive les juridictions nationales de leur compétence pour appliquer l'article 101 TFUE. En réponse à une question de la Cour, la Commission a adopté la même position. Selon ses termes, les articles 104 et 105 TFUE pourraient avoir pour effet de « mettre en pause » la compétence du juge national pour appliquer l'article 101 TFUE dans certaines circonstances.

43. Je ne partage pas cet avis.

44. À partir du texte des articles 104 et 105 TFUE, je ne vois rien qui correspondrait à une « mise sur pause » de la compétence des juridictions nationales. En effet, aucune de ces deux dispositions ne limite l'application de l'article 101 TFUE à l'égard des juridictions nationales. Les articles 104 et 105 TFUE se limitent à prévoir les modalités de l'application administrative de

l'article 101 TFUE pendant la période allant jusqu'à ce que le Conseil décide de prendre des mesures en vertu de l'article 103 TFUE. Toutefois, ce recours n'aborde pas l'application *juridictionnelle* de l'article 101 TFUE par les juridictions nationales.

45. En clair, je considère que l'application juridictionnelle de l'article 101, paragraphe 1, TFUE n'est évidemment *pas limitée au contrôle juridictionnel* des décisions administratives qui appliquaient et exécutaient auparavant les règles de concurrence de l'Union. Le contrôle d'une décision administrative faisant application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE est assurément l'une des manières dont les juridictions nationales peuvent être appelées à appliquer cette disposition. Il existe néanmoins d'autres domaines du droit ou d'autres voies de recours dans le cadre desquels les juridictions nationales pourraient éventuellement, en vertu du droit de l'Union ou du droit national, être invitées à appliquer la même disposition : par exemple, d'autres types de contrôle administratif, des actions civiles, voire des poursuites pénales.

46. Il me semble important de souligner d'emblée cet élément. En effet, il apparaît que les observations des parties défenderesses et de la Commission présentent une tendance réductrice distincte à cet égard. Elles estiment, en substance, que l'« application » de l'article 101 TFUE implique l'« exécution » de cette disposition, qui est liée, à son tour, à l'« enquête et [à] l'imposition de sanctions administratives ». Cette mission n'a été confiée qu'à la Commission ou aux autorités administratives nationales. Selon cette logique, les juridictions nationales ne seraient, implicitement, compétentes dans le cadre du « régime transitoire » que s'il leur était demandé de procéder à un contrôle juridictionnel de l'exécution administrative effectuée par l'autorité administrative nationale.

47. Je ne partage pas cet avis. Si une juridiction nationale avait été appelée à faire application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE dans le cadre de sa compétence et d'une procédure existante, avant que le Conseil n'ait mis en œuvre le droit dérivé pour « donner effet » aux principes qui sous-tendent l'article 101 TFUE, cette juridiction aurait alors *bien entendu* dû donner plein effet à cette disposition [18].

48. Cela illustre une caractéristique commune à l'article 101 TFUE et à plusieurs autres dispositions du traité, telles que les articles 45 et 46 TFUE (libre circulation des travailleurs), l'article 49 et l'article 50, paragraphe 2, TFUE (liberté d'établissement) ainsi que l'article 157 TFUE (principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail). Dans l'ensemble de ces cas, ainsi que d'autres, la disposition du traité en cause énonce d'abord le principe et désigne ensuite la ou les institutions de l'Union compétentes qui « donneront corps » à ce principe en adoptant des règles supplémentaires spécifiques qui, parfois, indiquent même avec précision ce que doivent recouvrir ces règles de « mise en œuvre ». Toutefois, depuis des décennies, l'approche de la Cour a été que, même lorsque les règles de « mise en œuvre » requises ne sont pas encore en place, le « principe de base », tel qu'énoncé dans la disposition du traité, est appliqué, si tant est qu'il est directement applicable, de manière autonome par toutes les autorités nationales compétentes, y compris notamment les juridictions nationales appelées à les appliquer dans les affaires dont elles sont saisies.

49. L'article 157 TFUE et le principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal pourraient l'illustrer : avant même que le droit dérivé n'ait été instauré à cet effet par le législateur de l'Union, il était clair que les juridictions nationales étaient chargées de sauvegarder sa pleine efficacité et devaient appliquer ce principe indépendamment de toute « exécution administrative » aux affaires

[18] Conformément à l'arrêt du 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, point 5).

(civiles) dont elles étaient saisies [19]. Cette conclusion n'est pas surprenante : selon une jurisprudence constante de la Cour, l'absence de mesures d'exécution, quelle que soit la forme, ne fait pas obstacle à l'invocation, par un justiciable, de dispositions du droit de l'Union ayant un effet direct [20].

50. Dès lors, du point de vue de la structure du traité, l'applicabilité de (ce qui constitue maintenant) l'article 101 TFUE par les juridictions nationales a existé dès l'entrée en vigueur du traité CEE. En outre, les premier et deuxième paragraphes de l'(actuel) article 101 TFUE auraient produit tous leurs effets même avant que le Conseil n'ait agi conformément à son « habilitation » en vertu de l'article 103, paragraphe 1, TFUE [21].

51. Dans ce contexte, il convient néanmoins d'examiner dans quelle mesure l'article 101, paragraphe 1, TFUE avait effectivement un *effet direct* avant que le Conseil arrête « les modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE ».

2. Sur l'effet direct de l'article 101, paragraphe 1, TFUE

52. En réponse à une question posée par la Cour, les défenderesses et la Commission ont considéré que l'article 101, paragraphe 1, TFUE n'avait pas d'effet direct avant que le Conseil n'ait agi en vertu de l'article 103, paragraphe 2, sous b), TFUE. Aucune autre conclusion ne saurait être tirée puisque, déjà durant l'année 1962, la Cour avait interprété l'article 101 TFUE comme constituant un « tout indivisible » [22]. En outre, l'arrêt Courage et Crehan [23] démontre la nécessité d'une action préalable du Conseil, puisque, dans cet arrêt, la Cour n'a en fait reconnu l'existence d'un effet direct qu'*après* que le Conseil a mis en place des mesures d'exécution relatives à l'article 101 TFUE. Cette disposition ne pouvait donc, à elle seule, produire un effet direct.

53. À l'inverse, les requérantes contestent cette position en se fondant principalement sur l'arrêt BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs [24] pour soutenir que l'effet direct de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne nécessite pas de mesures d'exécution préalables.

54. Je souscris à l'avis des requérantes. À mon sens, la position défendue par les défenderesses et la Commission met de manière métaphorique « la charrue avant les bœufs ».

55. Selon une jurisprudence constante, l'examen de l'effet direct doit se faire au regard de la nature, de l'économie et des termes de la disposition en cause [25]. Une disposition aura un effet direct si elle est suffisamment claire, précise [26] et inconditionnelle [27]. En tant que tel, il n'est pas nécessaire qu'une disposition entière ait un effet direct ou soit directement applicable

19 Voir arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, points 12, 24 et 39).

20 Voir, pour une illustration, arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, points 19 et 20) ; du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, EU:C:2002:493, point 80), et du 4 février 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, point 59).

21 Comme cela est expliqué également aux points 58 et 70 à 78 des présentes conclusions, le Conseil n'a jamais limité ces effets.

22 Arrêt du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, p. 52).

23 Arrêt du 20 septembre 2001 (C-453/99, ci-après l'« arrêt Courage », EU:C:2001:465).

24 Arrêt du 30 janvier 1974 (127/73, ci-après l'« arrêt SABAM », EU:C:1974:6).

25 Voir, notamment, arrêt du 4 décembre 1974, van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, point 12).

26 Voir, notamment, arrêts du 1er juillet 2010, Gassmayr (C-194/08, EU:C:2010:386, point 45) ; du 7 septembre 2017, H. (C-174/16, EU:C:2017:637, point 69), et du 6 novembre 2018, Bauer et Willmeroth (C-569/16 et C-570/16, EU:C:2018:871, point 72).

27 Voir, notamment, arrêts du 15 mai 2014, Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, point 32) ; du 12 octobre 2017, Lombard Ingatlan Lízing (C-404/16, EU:C:2017:759, point 36), et du 14 janvier 2021, RTS infra et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, point 46).

textuellement. Au contraire, la Cour procède par extraction, c'est-à-dire qu'elle cherche à déterminer s'il est possible de dégager de la disposition du droit de l'Union (qui peut être plus longue et plus complexe) une règle de conduite précise et directement applicable [28].

56. Les arrêts SABAM et Courage sont des exemples pertinents de cette approche « relationnelle » de l'effet direct. Dans l'arrêt SABAM, la Cour a considéré que l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE (devenu article 101, paragraphe 1, TFUE) pouvait être utilisée en tant que « bouclier » *dans le cadre* des droits spécifiques d'un auteur-compositeur à ne pas se voir opposer une clause de cession exclusive dans un contrat conclu avec une société de gestion collective des droits d'auteur [29]. De même, dans l'arrêt Courage, la Cour a jugé que cette même disposition pouvait être utilisée en tant qu'« épée » *dans le cadre* d'une demande de dommages-intérêts découlant d'une clause contractuelle contraire à l'article 85 du traité CEE (devenu article 101 TFUE) [30]. Dans les deux affaires, la Cour a ainsi extrait *de l'ensemble* de l'article 101 TFUE la partie de la disposition qui produit un effet direct entre particuliers : l'interdiction de certains accords anticoncurrentiels, contenue au premier paragraphe de cette disposition [31].

57. Cette interdiction est sans équivoque, établissant une obligation juridique claire et exécutoire : « tu ne concluras point d'entente ». Cette consigne n'est assortie d'aucune condition : *tout* accord de ce type entre entreprises est « incompatible avec le marché intérieur ». C'est ce droit directement applicable, que les particuliers tirent directement du traité, qu'ils peuvent invoquer pour faire valoir leur demande et que les juridictions nationales doivent sauvegarder [32].

58. Contrairement à ce que la Commission a fait valoir lors de l'audience, la nature des droits protégés par l'article 101, paragraphe 1, TFUE n'est pas affectée par la *mission procédurale* au titre de l'article 103, paragraphe 2, sous b), TFUE, par laquelle l'institution pourrait, sur le plan procédural, « valider » un accord en vertu de l'article 101, paragraphe 3, TFUE. En effet, il va de soi que, dans certains cas, une juridiction n'a qu'à appliquer l'article 101, paragraphe 1, TFUE pour accorder des dommages-intérêts en matière civile dans le cas d'une activité anticoncurrentielle [33]. De même, une juridiction peut n'avoir à se prévaloir que de l'article 101, paragraphe 2, TFUE pour déterminer la rupture de clauses contractuelles incompatibles [34]. En d'autres termes, compte tenu de la *spécificité de certaines demandes* présentées à une juridiction nationale, les dispositions composant l'article 101 TFUE pourraient très bien être *dissociables*. Dans de telles circonstances, il n'est pas nécessaire pour les juridictions nationales de recourir à l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

59. En effet, les arrêts SABAM et Courage démontrent parfaitement le rapport autonome entre les premier et troisième paragraphes de l'article 101 TFUE. Ces deux affaires sont intervenues au cours d'une période durant laquelle le Conseil avait exercé les pouvoirs qu'il tient de l'article 103, paragraphe 2, sous b), TFUE et avait confié à la Commission la compétence exclusive pour prendre une décision au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE (devenu article 101, paragraphe 3, TFUE). Le fait qu'une autre institution, la Commission, ait été chargée de décider

[28] Arrêt du 8 avril 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, points 30 à 39). Voir également conclusions de l'avocat général Trabucchi dans l'affaire Defrenne (43/75, EU:C:1976:39, dispositif) et mes conclusions dans l'affaire Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, point 42).

[29] Arrêt SABAM (point 16).

[30] Arrêt Courage (points 24 à 26).

[31] Arrêts SABAM (point 16) et Courage (points 23 et 24).

[32] Voir, en ce sens, arrêt du 5 juin 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, points 20 et 22 ainsi que jurisprudence citée).

[33] Voir, notamment, arrêt Courage (point 26).

[34] Voir arrêt du 18 décembre 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502, point 15).

de l'applicabilité de ce qui était alors l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE ne constituait pas un problème pour la force exécutoire des droits fondamentaux visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE [35].

60. Cette conclusion n'est pas affectée par la description de l'article 85 du traité CEE en tant que « tout indivisible » dans l'arrêt de Geus [36]. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, un distributeur allemand de réfrigérateurs Bosch invoquait l'article 85 du traité CEE dans son mémoire en défense afin d'annuler une clause « d'interdiction d'exporter » figurant dans un accord de distribution exclusive conclu avec Bosch. Cependant, les faits de cette affaire se sont produits avant l'entrée en vigueur du règlement (CEE) n° 17/62 du Conseil portant application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204). Cela signifiait qu'il n'existait *aucune procédure administrative* pour faire face aux effets découlant de l'article 85, paragraphes 1 et 2, du traité CEE (devenu article 101, paragraphes 1 et 2, TFUE). Dans ce contexte, la Cour n'a pas eu d'autre choix que de continuer à donner effet à l'accord en cause, *jusqu'à ce qu'il existe une procédure administrative* en vue de faire face à une éventuelle application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE (devenu article 101, paragraphe 3, TFUE) [37].

61. C'est dans ces limites factuelles que la Cour a considéré l'article 85 du traité CEE comme un « tout indivisible » [38]. L'interprétation contraire conduirait à un résultat inadmissible : « frapper de nullité de plein droit certains accords avant même qu'il ait été possible de savoir, donc de constater, à quels accords s'applique l'ensemble de l'article 85 » [39].

62. L'arrêt de Geus a ainsi été rendu à la lumière d'un manquement institutionnel à l'obligation de prévoir un arrangement administratif pour faire face aux effets de l'« applicabilité [de l'article 85 du traité CEE] dès l'entrée en vigueur du traité » [40]. Comme le relève à juste titre l'Autorité de surveillance AELE, la question de l'effet direct (et donc de l'invocation individuelle de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE devant les juridictions nationales) ne se posait pas à cette époque, puisque l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11) a été tranchée *avant* que la Cour ne précise la notion de l'effet direct des dispositions du traité CEE [41].

63. Pour l'ensemble de ces raisons, j'estime que seuls des enseignements très limités peuvent être tirés d'un arrêt de la Cour rendu en 1962 dans des circonstances juridiques et constitutionnelles très différentes. En particulier, en l'absence de tout effet direct des dispositions du traité, seule la question de la reconnaissance expresse de la compétence administrative d'application, ou plutôt son absence, aurait naturellement été effectivement déterminante.

64. Je ne suis pas non plus convaincu par les arguments des défenderesses concernant l'arrêt Asjes e.a. [42] et l'arrêt Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro [43], invoqués à l'appui de leur position sur la question de l'effet direct de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Les affaires ayant donné lieu à ces arrêts n'ont pas été tranchées dans le cadre de l'invocation par une partie de l'effet direct de cette disposition. La question en cause concernait l'*invalidité* automatique en vertu de l'article 85,

35 Voir, également, arrêts SABAM (point 21) et Courage (points 22 et 28).

36 Voir arrêts du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, p. 52), et du 9 juillet 1969, Portelange (10/69, EU:C:1969:36, points 10 et 13).

37 Arrêt du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, points 51 à 53).

38 Arrêt du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, point 52).

39 Arrêt du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, point 52).

40 Arrêt du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11, point 51).

41 Arrêt du 5 février 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, point 13).

42 Arrêt du 30 avril 1986 (209/84 à 213/84, ci-après l'« arrêt Asjes », EU:C:1986:188).

43 Arrêt du 11 avril 1989 (66/86, ci-après l'« arrêt Saeed », EU:C:1989:140).

paragraphe 2, du traité CEE des tarifs aériens approuvés par le gouvernement avant qu'une autorité administrative ne prenne une décision sur leur conformité à l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, que ce soit en application du régime de la « période transitoire » visé aux articles 88 et 89 du traité CEE (devenus articles 104 et 105 TFUE) ou du règlement nº 3975/87 [44]. Étant donné que ni les « autorités des États membres » [45] ni la Commission [46] n'avaient décidé de l'applicabilité de l'article 85 du traité CEE aux accords en question, la Cour a estimé que de tels accords ne pouvaient être présumés automatiquement nuls du seul fait que l'article 85 du traité CEE pourrait être applicable aux accords en cause.

65. Les arrêts Asjes et Saeed sont donc également enfermés dans la logique de leur époque : dans des circonstances dans lesquelles aucune décision administrative n'avait été prise par les autorités des États membres ou par la Commission concernant de prétendus accords ou pratiques anticoncurrentiels au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, mais dans lesquelles une *future autorisation rétroactive restait possible* dans le cadre du système en place à l'époque, il était évident que les opérateurs économiques devaient pouvoir supposer, de bonne foi, que leurs relations commerciales n'avaient pas automatiquement cessé *jusqu'à* ce que les autorités administratives concernées se soient prononcées sur leurs accords ou pratiques [47].

66. En l'espèce, et cela est encore plus important, les défenderesses *ne sauraient se prévaloir du risque de conflit* résultant d'une éventuelle approbation rétroactive des comportements en cause. En effet, le régime d'« exemption » prévu par le règlement nº 1/2003, tel que modifié, qui a abrogé le régime antérieur sous l'empire des règlements nº 17/62 et nº 3975/87, ne permet pas une action rétroactive. En outre, ainsi qu'il ressort de l'article 34, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003, les accords qui relevaient du champ d'application des règlements nº 17/62 et nº 3975/87, et qui *ont été* notifiés à la Commission, sont devenus caducs à compter du 1er mai 2004. En d'autres termes, à supposer même que les défenderesses aient notifié leurs accords à la Commission [48], ces notifications ne fonctionneraient pas, en tout état de cause, comme un « filet de sécurité » pour le traitement desdits accords dans le cadre du régime mis en place par le règlement nº 1/2003.

67. Ainsi, une fois encore, il convient de souligner de manière spécifique que, dans les circonstances de l'espèce, la cohérence interne clé de l'« impératif de l'article 101 TFUE » ainsi que l'impératif de sécurité juridique des opérateurs économiques font défaut. Cette fenêtre a été fermée depuis un certain temps.

68. En résumé, il apparaît ainsi que l'article 101, paragraphe 1, TFUE et ses prédécesseurs étaient directement applicables dès l'entrée en vigueur du traité CEE. Ils sont restés d'effet direct pendant toute cette période afin que les particuliers puissent faire valoir leurs droits devant les juridictions nationales compétentes. Surtout, ce pouvoir autonome conféré aux juridictions nationales pour appliquer l'article 101, paragraphe 1, TFUE conformément à ce pouvoir et en fonction du type de procédure dont elles sont saisies en vertu du droit national n'avait en fait jamais été limité par le Conseil en application de l'actuel article 103 TFUE.

69. Il reste toutefois à déterminer s'il existe ou s'il existait des restrictions à l'application ratione materiae de l'article 101, paragraphe 1, TFUE au cas particulier du secteur du transport aérien.

44 Arrêts Saeed (point 29) et Asjes (points 52 à 56 et 59).

45 Arrêts Saeed (points 4 et 29) et Asjes (point 57).

46 Arrêts Saeed (points 4 et 29) et Asjes (point 59).

47 Voir, par analogie, le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt du 22 mars 1961, Snupat/Haute Autorité (42/59 et 49/59, EU:C:1961:5, point 87).

48 Un élément que les requérants au principal nient, mais qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier en dernier ressort.

3. Sur le champ d'application matériel de l'article 101, paragraphe 1, TFUE

70. Les défenderesses et la Commission font valoir que, dès lors que le Conseil n'a pas exercé sa compétence, en vertu de l'article 103, paragraphe 2, sous c), TFUE, pour soumettre l'ensemble du secteur du transport aérien aux règles de concurrence du traité, les juridictions nationales n'auraient pas pu agir dans le cadre d'un recours en annulation introduit en vertu de l'article 101, paragraphe 1, TFUE pour déclarer de tels accords incompatibles ; et ce même si un effet direct avait été possible. Ces parties soulignent l'exclusion spécifique de l'ensemble du secteur du transport aérien du champ d'application du règlement n° 17/62 et l'application limitée des règles de concurrence aux « liaisons intra-UE » du transport aérien au moyen du règlement n° 3975/87. Ce n'est qu'à partir du 1er mai 2004, date d'application du règlement n° 1/2003, tel que modifié, que les règles du droit de la concurrence de l'Union seraient devenues applicables au secteur du transport aérien [49].

71. Je ne partage pas ces arguments.

72. En vertu de l'article 103, paragraphe 1, TFUE, le Conseil arrête « [l]es règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant [à l'article 101 TFUE] ». L'article 103, paragraphe 2, TFUE énumère ensuite des exemples de ce que le Conseil peut entreprendre pour parvenir à cette fin. Le point c) de ce paragraphe indique que le Conseil peut « préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques », le champ d'application de l'article 101 TFUE.

73. Le caractère expressément *facultatif* de cette action est ce qui distingue le point c) de l'article 103, paragraphe 2, TFUE du point b) de l'article 103, paragraphe 2, TFUE et de l'*obligation* de « donner corps » à l'article 101, paragraphe 3, TFUE. En effet, la référence, au point c) de cette disposition, à l'expression « le cas échéant » [50] indique clairement que le champ d'application des principes contenus dans l'article 101 TFUE était, *par défaut*, destiné à couvrir l'ensemble des secteurs économiques, le Conseil décidant s'il y a lieu de s'écarter de cet état de fait pour certains d'entre eux.

74. L'impératif du marché unique qui sous-tend cet arrangement est étrange : naturellement, le champ d'application de l'article 101 TFUE aurait pu être rédigé en vue d'élargir progressivement, par tranches « digestes », le champ d'application du droit de la concurrence de l'Union. De cette manière, pour le domaine particulier des transports, la primauté aurait pu être accordée à ces approches sectorielles (spécifiques) sur les règles (générales) en matière de concurrence, comme cela a été fait dans le cas de la politique agricole commune [51].

75. Or, tel n'est pas le cas [52]. Ainsi, selon moi, et notamment à la lumière de l'économie des articles 101 et 103 TFUE, le traité part du point de vue de la pleine application des règles de concurrence à l'ensemble des secteurs de l'économie. Pour réaliser cette mission, il énonçait un champ d'application ratione materiae généralement illimité de l'article 101 TFUE dans l'intérêt de la réalisation d'un marché unique opérationnel [53], sous la seule réserve de la possibilité, « le cas échéant », de l'exclusion sectorielle spécifique prévue à l'article 103, paragraphe 2, sous c), TFUE.

[49] Voir article 45 du règlement n° 1/2003.

[50] De même, « v případě potřeby » dans la version en langue tchèque, « in voorkomende gevallen » dans la version en langue néerlandaise, « eventualmente » dans la version en langue italienne, « if need be » dans la version en langue anglaise, « gegebenfalls » dans la version en langue allemande et « eventualmente » dans la version en langue espagnole.

[51] Voir, à cet égard, article 42 TFUE et arrêt du 14 novembre 2017, APVE e.a. (C-671/15, EU:C:2017:860, points 36 à 38).

[52] Arrêt Asjes (point 45).

[53] Voir, en ce sens, arrêt du 1er juin 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, point 36).

76. Contrairement à ce que soutiennent les défenderesses et la Commission, les règlements nº 17/62 et nº 3975/87 ne démontrent pas que le Conseil a entendu limiter le champ d'application matériel de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. En effet, le règlement nº 17/62 a principalement institué un système *procédural* pour l'application par la Commission de (ce qui était alors) l'article 85, paragraphes 1 et 3, du traité CEE (devenu article 101, paragraphes 1 et 3, TFUE) [54]. Ce règlement ne comportait aucune indication sur le champ d'application ratione materiae de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. De même, le règlement (CEE) nº 141/62 du Conseil portant non-application du règlement nº 17 du Conseil au secteur des transports (JO 1962, 124, p. 2751), modifiant le règlement nº 17/62, se bornait à prévoir que le système *administratif* institué par le règlement nº 17/62 ne s'appliquait pas au secteur des transports (et donc au transport aérien) [55]. Toutefois, cette exclusion ne concerne pas le champ d'application ratione materiae de l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'il est appliqué par les juridictions nationales au secteur du transport aérien.

77. Enfin, le règlement nº 3975/87 aurait partiellement « choisi » le secteur du transport aérien uniquement pour l'application *administrative* des règles de concurrence de l'Union. Comme l'explique le considérant 2 de ce règlement, cet engagement partiel était nécessaire étant donné que « la Commission ne dispos[ait] [...] pas de moyens pour instruire directement les cas d'infraction présumée aux articles 85 et 86 du traité dans le secteur des transports aériens » [56]. Or, une fois encore, ledit règlement ne contient toutefois aucune limitation du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE dans le cadre d'une action en dommages-intérêts devant les juridictions nationales.

78. En d'autres termes, l'ensemble du dispositif consistant à exclure prétendument le domaine du transport aérien de l'application de l'(actuel) article 101 TFUE se limitait à l'application *administrative* des principes contenus dans cette disposition [57]. Les règlements nº 17/62 et nº 3975/87 n'affectaient pas l'application *juridictionnelle* par les juridictions nationales, dans le cadre des compétences respectives qu'elles possédaient de manière indépendante en vertu du droit national, des principes désormais contenus à l'article 101, paragraphe 1, TFUE [58]. En effet, je partage à cet égard l'avis des requérantes et de l'Autorité de surveillance AELE : cette « voie parallèle », qui consiste à faire appliquer éventuellement l'interdiction prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, n'a pas été affectée par le droit dérivé adopté par le Conseil.

79. Dès lors, l'absence de toute règle spécifique dans le droit national régissant l'application juridictionnelle de l'article 101 TFUE ne saurait empêcher le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam) d'appliquer l'article 101, paragraphe 1, TFUE au secteur des transports aériens,

[54] Voir, notamment, considérants 2, 6 et 8 du règlement nº 17/62. Voir également article 2, article 6, paragraphe 1, article 8, paragraphe 1, et article 9, paragraphe 3, de ce règlement.

[55] Comme expliqué au considérant 1 du règlement nº 141/62. Voir également son article 1er.

[56] Deuxième considérant du règlement nº 3975/87.

[57] Comme la Commission l'a elle-même expliqué dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Asjes, « l'absence des mesures d'exécution visées à l'article 87 [relatif au champ d'application ratione materiae de l'article 85 du traité CEE] n'exclut pas que les juridictions nationales puissent, le cas échéant, être appelées à se prononcer sur la compatibilité d'un accord ou d'une pratique particulière avec les règles de concurrence dès lors que ces règles sont d'effet direct ».

[58] Comme cela a déjà été expliqué aux points 43 à 47 des présentes conclusions, en se limitant à attribuer la compétence administrative à certaines enquêtes relatives à d'éventuelles infractions au droit de la concurrence, ces règlements ont, de manière indirecte, attribué la compétence pour exercer le contrôle juridictionnel de ces décisions administratives (voir, respectivement, article 9 du règlement nº 17/62 et article 7 du règlement nº 3975/87). Or, une fois encore, ces dispositions n'ont naturellement pas eu d'incidence sur d'autres cas d'application juridictionnelle de l'article 101 TFUE dans le cadre de tout *autre type de procédure* dans laquelle cette demande a pu être présentée devant les juridictions nationales.

lorsque cette disposition est invoquée devant lui en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts en raison du comportement anticoncurrentiel des défenderesses sur des liaisons UE-pays tiers antérieurement au 1er mai 2004.

C. Sur l'articulation entre l'article 53 de l'accord EEE et les règles de concurrence du droit primaire de l'Union

80. Le gouvernement norvégien et l'Autorité de surveillance AELE soutiennent que, puisque l'article 53 de l'accord EEE est en substance identique à l'article 101 TFUE, le principe d'homogénéité commande une interprétation uniforme de ces deux dispositions. Lors de l'audience, l'Autorité de surveillance AELE a également précisé que l'absence d'une disposition équivalente à l'article 104 TFUE dans l'accord EEE n'affecterait pas cette lecture homogène de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE, car, en tout état de cause, l'article 104 TFUE ne limiterait pas l'article 101 TFUE.

81. La Commission convient de la nécessité d'une lecture cohérente de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE. Toutefois, lors de l'audience, elle s'est interrogée sur le point de savoir si l'absence d'une disposition équivalente à l'article 104 TFUE n'affecterait pas cette tâche, et ce d'autant plus que les articles 104 et 105 TFUE auraient pour effet de retirer aux juridictions nationales la compétence pour appliquer directement l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

82. En substance, les défenderesses défendent le même point de vue que la Commission à cet égard. Selon elles, le « régime transitoire » prévu aux articles 104 et 105 TFUE faisait obstacle à l'effet direct de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de sorte que l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE doit également être interprété en ce sens qu'il était dépourvu d'effet direct jusqu'à ce que le comité mixte déclare le règlement nº 1/2003 applicable dans l'EEE à compter du 19 mai 2005.

83. Au vu de mes conclusions dans la section B des présentes conclusions, je souscris à l'argumentation du gouvernement norvégien et de l'Autorité de surveillance AELE.

84. Il est incontestable que l'accord EEE fait partie intégrante du droit de l'Union [59]. Lorsque ses dispositions sont inconditionnelles et suffisamment précises, elles ont un effet direct dans les États membres [60]. La Cour a également jugé que, en vertu du principe d'homogénéité [61], les dispositions de l'accord EEE identiques en substance à celles du traité doivent être interprétées de manière uniforme [62].

85. L'article 101 TFUE et l'article 53 de l'accord EEE édictent respectivement une interdiction, l'effet de cette interdiction et une éventuelle dérogation à celle-ci. Eu égard au principe d'homogénéité, ces deux dispositions doivent donc faire l'objet d'une interprétation uniforme [63].

[59] Arrêts du 15 juin 1999, Andersson et Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, points 26 et 27), ainsi que du 2 avril 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, point 49 et jurisprudence citée).

[60] Voir, à cet égard, arrêts du 5 février 1976, Conceria Bresciani (87/75, EU:C:1976:18, point 25), et du 26 octobre 1982, Kupferberg (104/81, EU:C:1982:362, point 23). En ce qui concerne l'accord EEE, voir arrêt du 22 janvier 1997, Opel Austria/Conseil (T-115/94, EU:T:1997:3, points 101 et 102).

[61] Voir articles 6, 105 et 106 de l'accord EEE et article 3 de l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une autorité de surveillance et d'une Cour de justice.

[62] Arrêts du 23 septembre 2003, Ospelt et Schlössle Weissenberg (C-452/01, EU:C:2003:493, point 29 et jurisprudence citée), ainsi que du 6 octobre 2009, Commission/Espagne (C-153/08, EU:C:2009:618, points 48 et 49).

[63] Voir, par analogie, arrêt de la Cour AELE du 30 mai 2018, Fjarskipti/Síminn (E-6/17, EFTA Court Report 2018, p. 81, point 28).

Dès lors, à l'instar de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il y a lieu de constater que l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE produit également un effet direct et engendre des droits à l'égard des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder [64].

86. À la lumière de l'équivalence entre l'effet de l'article 101 TFUE et celui de l'article 53 de l'accord EEE, je ne vois pas comment les conclusions que je tire aux points 55 à 68 des présentes conclusions concernant l'article 101, paragraphe 1, TFUE devraient être différentes s'agissant de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE. Dès lors, les juridictions nationales sont en mesure d'appliquer l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE pour constater l'incompatibilité de certains comportements anticoncurrentiels avec cette disposition.

87. Pour des raisons analogues à celles concernant l'article 101 TFUE, je dois également rejeter les arguments des défenderesses relatifs au champ d'application matériel limité de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE. Il est vrai que l'article 1er du protocole 21 de l'accord EEE précise que l'Autorité de surveillance AELE doit d'abord « mettre en œuvre les principes visés » à l'article 53 de l'accord EEE. À tout le moins à cet effet, il reflète l'article 103 TFUE. Néanmoins, aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'article 1er du protocole 21 de l'accord EEE a été appliqué pour limiter tant le champ d'application de l'article 53 de l'accord EEE que la compétence des juridictions nationales pour appliquer cette disposition. En effet, comme je l'ai expliqué aux points 76 à 78 des présentes conclusions, les différents actes de droit dérivé adoptés par le Conseil en application de l'article 103, paragraphe 2, sous c), TFUE et intégrés à l'accord EEE à compter de la date de notification de celui-ci n'ont jamais eu pour effet de limiter le champ d'application matériel de l'article 53 de l'accord EEE.

88. L'absence d'une disposition équivalente à l'article 104 TFUE dans l'accord EEE n'affecte pas cette conclusion. Comme je l'ai expliqué au point 44 des présentes conclusions, l'article 104 TFUE n'a pas pour effet de réduire la portée structurelle ou l'application de l'article 101 TFUE. Son absence ne saurait donc affecter la portée ou l'application de l'article 53 de l'accord EEE. En tout état de cause, l'article 104 TFUE visait à combler la période comprise entre l'entrée en vigueur des règles de concurrence du traité et le moment où le Conseil agit pour mettre en place un arrangement administratif visant à traiter l'article 101 TFUE, et notamment son troisième paragraphe [65].

89. Or, l'accord EEE n'a jamais fait l'objet d'une telle période transitoire. Les règlements nº 17/62, nº 141/62 et nº 3975/87 ont été intégrés à l'accord EEE en vertu de l'annexe XIV à compter de la date de notification de cet accord. De même, l'article 56 de l'accord EEE n'affecterait pas cette conclusion dès lors qu'il se borne à énoncer la compétence partagée (et duopolisée) entre la Commission et l'Autorité de surveillance AELE pour appliquer l'article 53 de l'accord EEE [66].

90. Dès lors, il n'existe pas non plus, à mon sens, de restrictions au champ d'application ratione materiae de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE qui entraveraient la possibilité pour les requérantes de se prévaloir de l'effet direct de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE devant la juridiction de renvoi pour demander un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts en lien

[64] Voir, par analogie, arrêt de la Cour AELE du 30 mai 2018, Fjarskipti/Síminn (E-6/17, EFTA Court Report 2018, p. 81, points 29 et 32 ainsi que jurisprudence citée). Voir également arrêt de la Cour AELE du 17 septembre 2018, Nye Kystlink AS/Color Group AS et Color Line AS (E-10/17, EFTA Court Report 2018, p. 293, point 71).

[65] Voir points 30 à 33 des présentes conclusions.

[66] Voir point 29 de la communication relative à la coopération entre l'Autorité de surveillance AELE et les juridictions nationales pour l'application des articles 53 et 54 de l'accord EEE (JO 1995, C 112, p. 7).

avec la coordination par les défenderesses de différents éléments du prix à facturer pour des services de fret aérien sur des liaisons avec des pays tiers parties contractantes à l'EEE, mais non membres de l'Union avant le 19 mai 2005.

D. Vue d'ensemble : l'application publique et privée des règles de concurrence

91. Bien que cela fasse également partie de la question posée par la juridiction de renvoi, compte tenu des conclusions déjà dégagées dans les présentes conclusions, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'examiner séparément la nature de l'article 6 du règlement nº 1/2003. En effet, comme cela est suggéré dans les sections précédentes des présentes conclusions, les juridictions des États membres ont toujours été compétentes pour appliquer (l'interdiction matérielle prévue à) l'article 101, paragraphe 1, TFUE *dans le cadre de leurs compétences respectives* et *aux fins des procédures qui leur sont soumises*. Il n'y a donc guère lieu pour la Cour d'examiner, dans le cadre de la présente affaire, si, et à partir de quel moment précis, il existait également une « source » d'habilitation tirée du droit dérivé au titre de l'article 6 du règlement nº 1/2003.

92. Je souhaite une fois encore souligner « le cadre [des] compétences respectives » dont ces juridictions nationales jouissent déjà en vertu du droit national. Comme le soulignent à juste titre les défenderesses et la Commission, le « régime transitoire » des articles 103 et 104 TFUE n'accordait aucun pouvoir exprès aux juridictions nationales. En effet, les juridictions nationales ne sauraient, en l'absence d'une réglementation nationale comportant des dispositions expresses en ce sens, tirer de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ou de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE des pouvoirs d'enquête ou de poursuite analogues à ceux conférés aux autorités administratives compétentes des États membres normalement chargées d'enquêter sur les infractions au droit de la concurrence dans le cadre de procédures administratives, voire pénales. Toutefois, de la même manière, ce cadre *n'aurait rien pu retirer* aux juridictions nationales. Plus simplement, ce cadre constitutionnel n'a ni conféré ni retiré quoi que ce soit aux juridictions nationales. Aucune forme de droit primaire ou dérivé de l'Union ne visait à limiter la compétence des juridictions nationales pour appliquer directement l'article 101, paragraphe 1, TFUE ou l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, lorsque ces dispositions sont invoquées dans un litige dont elles sont saisies, pour protéger les droits subjectifs tirés du droit de l'Union.

93. L'action en responsabilité introduite par les requérantes dans la présente affaire illustre ce point. À l'instar de toute autre juridiction nationale de l'Union, la juridiction de renvoi est compétente pour constater une telle responsabilité en vertu des règles nationales applicables. Aux fins de l'appréciation d'une faute de nature à engager une telle responsabilité, la question de savoir si une entreprise a violé ou non ses obligations légales est généralement le premier élément à établir à cet égard. Toutefois, cette appréciation s'inscrit naturellement dans la décision (de droit privé) sur la responsabilité potentielle et non pas dans un régime public (conduit par une autorité administrative) en matière d'exécution.

94. S'il en était autrement, de telles actions ne revêtiraient jamais qu'un caractère « suiviste », dépendant en substance d'une déclaration préalable de droit public en ce sens (et vraisemblablement identique quant à sa portée). Dans tous les autres cas, les actions dites « autonomes » seraient exclues du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

95. Cependant, ce point de vue (ou assurément ce résultat) est tout simplement incompatible avec la nature du système et la jurisprudence de la Cour [67]. Il est vrai que, compte tenu de la charge de la preuve plutôt lourde que tout requérant est susceptible de supporter dans le cadre des recours de droit privé « autonomes » pour infractions au droit de la concurrence, il est probable que de tels recours sont rares en pratique. Par conséquent, la décision d'une autorité publique, telle que la Commission, dans le cadre d'une enquête parallèle ou préalable est susceptible d'être d'une importance capitale pour les recours « autonomes » [68]. Cependant, il est inexact d'affirmer que, d'un point de vue juridique, la nécessité de cohérence et de coordination dans ce domaine du droit implique d'empêcher les juridictions nationales d'exercer leurs devoirs en vertu du droit de l'Union et du droit national, à savoir protéger les droits individuels qui découlent également de dispositions du droit de l'Union ayant un effet direct.

96. La spécificité de cette thèse devient encore plus évidente si l'on devait considérer la manière classique dont tout autre domaine administratif est mis en œuvre, qu'il s'agisse, par exemple, du droit de l'environnement, de la santé publique, de la sécurité publique ou encore des règles relatives à la sécurité au travail. Dans ces domaines, il est probable qu'il existe, au niveau national, une autorité publique spécialisée chargée de surveiller et d'appliquer les normes matérielles pertinentes. Toutefois, soutiendrait-on que ce n'est que parce qu'une autorité publique donnée n'a pas enquêté ou n'a pas procédé à des poursuites (ou a effectivement agi, mais a interrompu ou limité la procédure administrative pour une quelconque raison) que le même comportement ne pourrait pas donner lieu à des demandes en indemnisation tirées du droit privé de la part de la personne potentiellement lésée ?

97. Pour l'ensemble de ces raisons, je ne saurais souscrire à l'analyse approfondie à laquelle s'est livrée la High Court of England & Wales (Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles) dans l'affaire Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [69], invoquée par la juridiction de renvoi et débattue par les parties dans le cadre de la présente procédure. Ainsi que j'ai tenté de le mettre en évidence dans les précédentes sections des présentes conclusions, d'une part, la compétence des juridictions nationales pour appliquer de manière autonome le contenu de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans le cadre de leurs compétences déjà prévues par le droit national, par exemple d'un recours en indemnisation, ne requérait, contrairement à l'exécution administrative, aucune clause expresse d'habilitation au titre du droit de l'Union [70]. D'autre part, j'estime que les arrêts du 6 avril 1962, de Geus (13/61, EU:C:1962:11), Asjes et Saeed sont partiellement obsolètes. Ils ne sauraient être appliqués aux circonstances particulières de l'affaire au principal, dès lors qu'aucune des questions qui ont conditionné l'approche retenue dans ces affaires ne se pose en réalité dans l'affaire au principal [71].

[67] Voir, notamment, arrêts Courage (point 26) ; du 13 juillet 2006, Manfredi e.a. (C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, point 60) ; du 6 novembre 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, point 41) ; du 6 juin 2013, Donau Chemie e.a. (C-536/11, EU:C:2013:366, point 21) ; du 14 juin 2011, Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, point 28) ; du 5 juin 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, point 21) ; du 14 mars 2019, Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:204, point 25), et du 12 décembre 2019, Otis Gesellschaft e.a. (C-435/18, EU:C:2019:1069, point 22).

[68] De plus, pour prévenir tout risque de décisions contradictoires, voir, en général, arrêt du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB (C-344/98, EU:C:2000:689, points 59 et 60), le cas échéant donnant lieu à une demande « Zwartveld » – voir ordonnance du 13 juillet 1990, Zwartveld e.a. (C-2/88-IMM, EU:C:1990:315, point 22).

[69] Arrêt de la High Court of Justice of England & Wales (Chancery Division) (Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles, division de la Chancery) du 4 octobre 2017 dans l'affaire Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [2017] EWHC 2420 (Ch), confirmé par la Court of Appeal of England and Wales (Civil division) (Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, division civile) du 29 janvier 2019 dans l'affaire La Gaitana Farms SA & Ors/British Airways Plc [2019] EWCA Civ 37.

[70] Contrairement à l'arrêt Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [2017] EWHC 2420, points 41 à 52.

[71] Contrairement à l'arrêt Emerald Supplies Ltd/British Airways Plc [2017] EWHC 2420, points 53 à 63.

98. En d'autres termes, si je reconnais pleinement la nécessité d'une cohérence interne de l'article 101 TFUE, je ne souscris tout simplement pas, dans le contexte spécifique de la présente affaire, à la réduction pars pro toto (« une partie pour le tout ») avancée par certaines parties intéressées. Le fait qu'une *partie de la procédure* d'application administrative de l'article 101 TFUE ait été *centralisée* à certains stades ne saurait signifier que *personne d'autre* n'aurait pu appliquer la *substance* découlant de cette disposition, y compris dans les affaires dans lesquelles des exemptions ou des exceptions ne sont manifestement pas possibles.

99. La présente procédure a en effet constitué un étonnant voyage dans le temps, voire un exercice d'archéologie juridique remontant à l'année 1962. Toutefois, s'il est vrai que les présentes conclusions sont largement délimitées par ce cadre juridique désormais obsolète, la logique qui les sous-tend ne l'est pas. Sur le plan structurel, les dispositions du droit de l'Union, qui ont un effet direct, sont exécutoires par défaut devant les juridictions nationales, indépendamment de la centralisation éventuelle de la compétence administrative (ou d'une partie de celle-ci) pour leur exécution par certaines autorités administratives. Dans le contexte spécifique du droit de la concurrence, cela signifie que les entreprises qui enfreignent les règles de concurrence loyale ne peuvent pas se retrancher derrière une absence d'exécution administrative et doivent s'attendre à ce que des actions en réparation soient portées directement devant les juridictions compétentes des États membres par les personnes qui s'estiment lésées.

V. Conclusion

100. Je propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle déférée par le Rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam, Pays-Bas) de la manière suivante :

Une partie qui s'estime lésée par la coordination de divers éléments du prix à facturer par des transporteurs pour des services de fret aérien sur les liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur de l'Union européenne et/ou de l'Espace économique européen, ainsi qu'entre des aéroports situés sur ces territoires et dans les pays tiers, peut invoquer la violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord sur l'Espace économique européen devant une juridiction nationale afin d'obtenir réparation de la part de ces transporteurs même pour la période au cours de laquelle les articles 104 et 105 TFUE étaient encore applicables.