

Affaire C-819/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

6 novembre 2019

Jurisdiction de renvoi :

Rechtbank Amsterdam (Pays-Bas)

Date de la décision de renvoi :

18 septembre 2019

Parties requérantes :

Stichting Cartel Compensation

Equilib Netherlands B.V.

Parties défenderesses :

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.

Martinair Holland N.V.

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

SAS AB

Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden

SAS Cargo Group A/S

Jugement

RECHTBANK AMSTERDAM (tribunal d'Amsterdam, Pays-Bas)

section de droit privé

Jugement du 18 septembre 2019

dans les affaires [OMISSIS] concernant

[OMISSIS]

STICHTING CARTEL COMPENSATION,

établie à La Haye,

partie requérante,

[OMISSIS]

contre

1. [omissis]

KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ NV,

établie à Amstelveen,

[omissis]

2. [omissis]

MARTINAIR HOLLAND NV,

établie à Haarlemmermeer,

[omissis]

3. [omissis]

DEUTSCHE LUFTHANSA AG,

établie à Cologne, en Allemagne,

[omissis]

4. [omissis]

LUFTHANSA CARGO AG,

établie à Francfort-sur-le-Main, en Allemagne,

[omissis]

5. [omissis]

BRITISH AIRWAYS PLC.,

établie à Harmondsworth, au Royaume-Uni

[omissis]

6. [omissis]

SOCIÉTÉ AIR FRANCE SA,

établie à Tremblay-en-France, France,

[omissis]

7. [omissis]

SINGAPORE AIRLINES LIMITED,

établie à Singapour, Singapour

[omissis] [Or. 2]

8. [omissis]

SINGAPORE AIRLINES CARGO PTE LTD,

établie à Singapour, Singapour,

[omissis]

ainsi que dans l'affaire [omissis] concernant

[omissis]

EQUILIB NETHERLANDS BV,

établie à Amsterdam,

partie requérante,

[omissis]

contre

1. [omissis]

KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ NV,

établie à Amstelveen,

[omissis]

2. [omissis]

MARTINAIR HOLLAND NV,

établie à Haarlemmermeer,

[omissis]

3. [omissis]

SOCIÉTÉ AIR FRANCE SA,

établie à Tremblay-en-France, France

[omissis] parties défenderesses,

et

4. [omissis]

SINGAPORE AIRLINES CARGO PTE LTD,

établie à Singapour,

[omissis]

5. [omissis]

SINGAPORE AIRLINES LIMITED,

établie à Singapour,

[omissis]

6. [omissis]

LUFTHANSA CARGO AG,

établie à Kelsterbach, en Allemagne

[omissis] [Or. 3]

7. [omissis]

DEUTSCHE LUFTHANSA AG,

établie à Keulen, en Allemagne,

[omissis]

8. [omissis]

SWISS INTERNATIONAL AIR LINES AG,

établie à Bâle, en Suisse

[omissis]

9. [omissis]

BRITISH AIRWAYS PLC.,

établie à Harmondsworth, au Royaume-Uni,

[omissis]

10. [omissis]

AIR CANADA,

établie à Saint Laurent, au Canada

[omissis]

11. [omissis]

CATHAY PACIFIC AIRWAYS LIMITED,

établie à Hong Kong, en Chine

[omissis]

12. [omissis]

SAS AB,

établie à Stockholm, en Suède,

[omissis]

13. [omissis]

SCANDINAVIAN AIRLINES SYSTEM DENMARK-NORWAY-SWEDEN,

établie à Stockholm, en Suède,

[omissis]

14. [omissis]

SAS CARGO GROUP A/S.,

établie à Stockholm, en Suède,

[OMISSIS], parties intervenantes,

et dans l'affaire [OMISSIS] concernant

[OMISSIS]

EQUILIB NETHERLANDS BV,

établie à Amsterdam,

partie requérante,

[omissis]

contre [**Or. 4**]

1. [omissis]

KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ NV,

établie à Amstelveen,

[omissis]

2. la société anonyme

MARTINAIR HOLLAND NV,

établie à Haarlemmermeer,

[omissis]

3. [omissis]

SOCIÉTÉ AIR FRANCE SA,

établie à Tremblay-en-France, France,

[omissis]

4. [omissis]

LUFTHANSA CARGO AG,

établie à Kelsterbach, en Allemagne,

[omissis]

5. la personne morale de droit étranger

DEUTSCHE LUFTHANSA AG,

établie à Keulen, en Allemagne,

[omissis]

6. [omissis]

BRITISH AIRWAYS PLC.,

établie à Harmondsworth, au Royaume-Uni,

[omissis] parties défenderesses,

Les parties requérantes seront ci-après désignées « SCC » et « Equilib ». Les parties défenderesses (et les parties intervenantes) seront ci-après désignées conjointement les « compagnies aériennes ».

1. La procédure

[omissis] [déroulement de la procédure nationale]

2. Les faits

2.1. Il ressort des documents de plusieurs autorités de la concurrence, dont celles de l'Union européenne (ci-après l'« UE »), d'Australie, du Brésil, d'Afrique du Sud et de Corée du Sud, et de documents relatifs à des procédures judiciaires en Australie, au Canada et aux États-Unis, que les membres concernés de l'entente ont reconnu leur participation à cette entente et que les membres de l'entente, dont (selon [Or. 5] SCC et Equilib) les compagnies aériennes, ont conclu entre elles des accords anticoncurrentiels en ce qui concerne le transport de fret fourni par les membres de l'entente au niveau mondial au cours de la période de l'entente, en tout état de cause entre 2000 et 2006. Singapore Airlines affirme qu'elle a toujours nié avoir participé à l'entente.

2.2. Dans un communiqué de presse, la Commission européenne (ci-après la « Commission ») a indiqué qu'elle avait conclu, dans une décision du 9 novembre 2010, qu'à partir de décembre 1999 jusqu'au 14 février 2006, les surtaxes carburant et sécurité ont fait l'objet d'une coordination en ce qui concerne les vols

au départ, vers et à l'intérieur de l'Espace Economique Européen (ci-après l'« EEE ») et la Suisse, par plusieurs compagnies aériennes (ci-après l'« ancienne décision »). Comme indiqué dans le communiqué de presse, des amendes ont été infligées aux compagnies aériennes concernées, pour un montant total de 799 445 000 euros, en raison de leur participation à une entente internationale.

2.3. Tous les destinataires de l'ancienne décision, à l'exception de Qantas Airways Limited, ont formé un recours contre cette décision devant le Tribunal de l'Union européenne (ci-après le « Tribunal »). Dans des arrêts du 16 décembre 2015, le Tribunal a déclaré que les recours étaient fondés et a annulé l'ancienne décision de la Commission (partiellement en ce qui concerne British Airways Plc). La Commission n'a pas formé de pourvoi contre ces arrêts.

2.4. Par arrêt du 14 novembre 2017, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») a rejeté le pourvoi formé par British Airways Plc contre l'ancienne décision de la Commission.

2.5. Dans un communiqué de presse, la Commission a indiqué qu'elle avait, dans sa décision du 17 mars 2017 (ci-après la « nouvelle décision ») relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE »), de l'article 53 de l'accord sur l'Espace Economique Européen (ci-après l'« accord EEE ») et de l'article 8 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (ci-après l'« accord avec la Suisse ») de nouveau jugé qu'il y avait eu une entente internationale au cours de la période mentionnée au point 2.2 ci-dessus et qu'elle avait infligé des sanctions pécuniaires aux compagnies aériennes concernées d'un montant total de 776 465 000 euros pour leur participation à cette entente. La majorité des compagnies destinataires de la nouvelle décision ont introduit un recours contre cette décision devant le Tribunal. Cette procédure est toujours en cours.

2.6. Il ressort ce qui suit de la version provisoire non-confidentielle, datée du 17 mars 2017, de la nouvelle décision (affaire AT.39258) :

- la décision est adressée à 19 personnes morales, parmi lesquelles figurent toutes les parties défenderesses ;
- la décision porte sur une infraction unique et continue, qui couvre le territoire de l'EEE et de la Suisse et par laquelle les destinataires ont coordonné leur politique de tarification en ce qui concerne la fourniture de services aériens au départ de, vers et à l'intérieur de [Or. 6] l'EEE en ce qui concerne la surtaxe carburant, la surtaxe de sécurité et le paiement d'une commission sur ces surtaxes ;
- la décision porte sur la vente de services aériens : i) entre des aéroports situés dans l'EEE au cours de la période allant du 7 décembre 1999 au 14 février 2006 ; ii) entre des aéroports situés au sein de l'UE et des aéroports situés dans des pays tiers [tribunal : autres que la Suisse] au cours de la période allant du

1^{er} mai 2004 au 14 février 2006 ; iii) entre des aéroports situés au sein de l'EEE (à l'exception des aéroports situés dans l'UE) et des aéroports situés dans des pays tiers au cours de la période allant du 19 mai 2005 au 14 février 2006 ; et iv) entre des aéroports situés au sein de l'UE et des aéroports situés en Suisse au cours de la période allant du 1^{er} juin 2002 au 14 février 2006.

Dans cette décision, la Commission a en outre considéré, dans la mesure de ce qui nous intéresse ici, ce qui suit :

« 5.2. *Compétence de la Commission*

5.2.1. *Article 101 du TFUE*

[...]

(823) Avant le 1^{er} mai 2004, le règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens a accordé à la Commission la compétence d'appliquer l'article 101 du TFUE en ce qui concerne le transport aérien entre aéroports de l'UE. Le transport aérien entre les aéroports de l'UE et les aéroports des pays tiers était cependant exclu du champ d'application de ce règlement. En conséquence, l'article 101 du TFUE ne pouvait être appliqué par les autorités des États membres et par la Commission que sur la base du régime transitoire prévu aux articles 104 et 105 du TFUE.

(824) Dans ces conditions, la Commission n'appliquera pas l'article 101 du TFUE aux [comportements] concernant le transport aérien entre les aéroports de l'UE et les aéroports des pays tiers qui ont eu lieu avant le 1^{er} mai 2004.

5.2.2. *Article 53 de l'accord EEE*

[...]

(827) Avant le 19 mai 2005, le règlement (CEE) n° 3975/87 prévoyait des modalités pour l'application de l'article 53 de l'accord EEE en ce qui concerne le transport aérien entre les aéroports situés dans l'EEE. Le transport aérien entre les aéroports situés dans l'EEE et les aéroports de pays tiers n'était cependant pas couvert. En conséquence, l'article 53 de l'accord EEE ne pouvait être appliqué que sur la base du régime transitoire prévu à l'article 55 de l'accord EEE.

(828) Dans ces conditions, la Commission n'appliquera pas l'article 53 de l'accord EEE aux [comportements] concernant le transport aérien entre les aéroports situés dans l'EEE et les aéroports des pays tiers qui ont eu lieu avant le 19 mai 2005. »

2.7. Les surtaxes carburant, les surtaxes de sécurité et les commissions payées sur ces surtaxes, qui sont mentionnées dans la nouvelle décision sont, selon SCC et Equilib, facturées aux expéditeurs de marchandises ayant acheté des services de fret aérien (les chargeurs ou expéditeurs, ci-après les « expéditeurs »), la plupart du temps par l'intermédiaire de transitaires (ou « freight forwarders »). La quasi-totalité de la capacité aérienne des compagnies aériennes est vendue à des transitaires (au profit des expéditeurs ou chargeurs, à savoir les clients des services de fret aérien qui veulent faire transporter des marchandises).

2.8. SCC est une fondation néerlandaise qui a été spécialement créée pour obtenir des dommages et intérêts (résultant d'infractions au droit de la concurrence) [Or. 7] devant les tribunaux [également dénommée « litigation vehicle » ou « claim vehicle » (structure intermédiaire ayant pour objet d'introduire des recours en justice)], en l'occurrence les demandes que les expéditeurs considèrent pouvoir invoquer contre les compagnies aériennes en ce qui concerne l'entente susmentionnée. SCC a été créée par Omni Bridgeway, une société qui finance et aide les entreprises lors de la réclamation de pertes qu'elles ont subies en raison d'ententes illégales sur les prix. Omni Bridgeway est par ailleurs l'administrateur unique de SCC.

2.9. Equilib, qui est, depuis le 18 décembre 2012, après une fusion, le successeur à titre universel d'Equilib SARL (une société de droit français) est une société de droit néerlandais qui, de la même manière que SCC, cherche à obtenir des dommages et intérêts (résultant d'infractions au droit de la concurrence) devant les tribunaux.

2.10. SCC et Equilib achètent les créances indemnitaires, les regroupent et les recouvrent ensuite en leur nom propre. À cette fin, SCC et Equilib laissent leurs clients (en l'espèce, les « expéditeurs ») leur céder leurs créances (présumées).

3. Le litige (procédure principale)

3.1. En résumé, SCC conclut à ce qu'il plaise [omissis] :

I. déclarer que, par l'introduction, la coordination et l'application des surtaxes carburant et sécurité entre l'année 2000 et l'année 2006, les compagnies aériennes ont agi illégalement vis-à-vis des expéditeurs [concernés] [omissis].

II. condamner solidairement les compagnies aériennes au paiement des sommes de 243 932 063,12 euros et de 34 847 437,59 euros ainsi qu'au paiement des dommages et intérêts dont le montant reste à déterminer et qui doivent être soldés conformément à la législation, intérêts et dépens compris.

3.2. En résumé, Equilib conclut à ce qu'il plaise [omissis] :

I. déclarer qu'en participant à l'entente, les compagnies aériennes sont responsables, conformément au droit applicable, des actions illégales qui leur sont imputables à l'égard des expéditeurs [concernés] [omissis] ;

II. déclarer que les compagnies aériennes sont responsables à titre solidaire du dommage subi par ces expéditeurs en raison de l'action visée au point I des conclusions ci-dessus ;

III. condamner solidairement les compagnies aériennes à verser à Equilib la réparation intégrale (y compris les intérêts légaux) du dommage subi par ces expéditeurs en raison de l'action visée au point I des conclusions ci-dessus, dont le montant reste à déterminer ; **[Or. 8]**

IV. condamner solidairement les compagnies aériennes aux dépens.

3.3. [omissis] [les affaires au principal ont été jointes]

4. Le point faisant l'objet du présent litige

4.1. Des accords ont été conclus avec les parties en ce qui concerne le point devant être tranché à ce stade par la juridiction de céans. Dans le présent jugement, se pose la question de savoir si la juridiction de céans est compétente pour appliquer l'interdiction d'une entente prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, au cours de la période de l'entente :

(a) avant le 1^{er} mai 2004, aux vols entre les aéroports de l'UE et les aéroports situés en-dehors de l'EEE (ci-après les « pays tiers ») ;

(b) avant le 19 mai 2005, aux vols entre les aéroports de l'Islande, du Liechtenstein ou de la Norvège et les aéroports situés dans des pays tiers ; et

(c) avant le 1^{er} juin 2002, aux vols entre l'UE et la Suisse.

4.2. En résumé, SCC et Equilib ¹ soutiennent, à titre principal, que l'interdiction d'une entente prévue par (l'actuel) article 101 TFUE avait, pendant toute la période de l'entente, un effet horizontal direct, de sorte que la juridiction de céans est compétente pour appliquer cette interdiction également aux vols mentionnés au point 4.1 ci-dessus au cours des périodes concernées. SCC et Equilib font valoir, à titre subsidiaire, que, en tout état de cause, la juridiction de céans est devenue compétente, en vertu de l'article 6 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil (JO 2003, L 1, p. 1) à compter du 1^{er} mai 2004 pour appliquer l'article 101 TFUE, dans la mesure où cette compétence n'existait pas auparavant, et ce rétroactivement. Afin d'étayer leurs allégations, SCC et Equilib se réfèrent à la jurisprudence constante de la Cour et à l'avis du professeur A.W. H. Meij (ci-après le prof. Meij) du 26 octobre 2018, présenté en leur nom.

¹ [omissis] [renvoi aux pièces de procédure].

4.3. S'agissant de la thèse présentée à titre principal par SCC et Equilib, les compagnies aériennes contestent², en résumé, l'effet direct horizontal de l'article 101 TFUE. La juridiction de céans ne serait pas compétente pour appliquer cette disposition, car une décision préalable de la Commission ou d'une autorité nationale de la concurrence au sens des articles 104 et 105 TFUE fait défaut en l'espèce. S'agissant de l'argument présenté à titre subsidiaire par SCC et Equilib, les compagnies aériennes contestent le fait que la juridiction de céans est compétente, en vertu de l'article 6 du règlement n° 1/2003, pour déclarer, avec effet rétroactif, que des comportements qui n'étaient pas interdits au moment où ils ont eu lieu sont malgré tout interdits. L'octroi d'un effet rétroactif ne ressort pas du texte, de l'objectif ou de l'économie du règlement n° 1/2003 et constituerait une modification de fond qui serait, selon les compagnies aériennes, contraire à la sécurité juridique. **[Or. 9]**

4.4. [omissis] [renvoi à un jugement interlocutoire dans les procédures nationales].

4.5. Dans l'affaire anglaise dite « Emerald », qui porte sur la même question – à savoir la délimitation temporelle du litige – en ce qui concerne la même infraction à l'article 101, paragraphe [1], TFUE constatée par la Commission, en cause dans la présente affaire, la High Court [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles)] (M^{me} le juge Rose) a rendu un jugement le 4 octobre 2017 [2017 EWHC 2420(Ch)]. Elle a estimé, en substance, qu'elle n'était pas compétente pour statuer sur des demandes fondées sur des infractions à l'article 101 TFUE ou à l'article 53 de l'accord EEE concernant des surtaxes appliquées à des services sur des vols entre les aéroports de l'UE et des pays tiers avant le 1^{er} mai 2004 et sur des vols entre les aéroports situés au sein de l'EEE (dans des pays qui ne sont pas membres de l'UE) et des pays tiers avant le 19 mai 2005, en l'absence d'une décision rendue par les autorités nationales compétentes ou la Commission qui constaterait une telle infraction. Ce jugement a été confirmé par la Court of Appeal (Cour d'appel, Angleterre et pays de Galles).

5. La réglementation européenne pertinente (en résumé)

CEE/TFUE

5.1. Les articles 65 à 89 du traité CEE, désormais les articles 101 à 105 TFUE.

Les règlements

5.2. Le règlement (CEE) n° 17 du Conseil (JO 1962, L 13, p. 204).

5.3. Le règlement (CEE) n° 141 du Conseil (JO 1962, L 124, p. 2751).

² [omissis] [renvoi aux pièces de procédure]

5.4. Le règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil (JO 1987, L 374, p. 1), notamment le préambule et les articles 1^{er} et 7.

5.5. Le règlement (CEE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (ci-après le « règlement n° 1/2003 »), notamment le préambule et les articles 6 et 16.

L'accord EEE

5.6. L'accord EEE, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 (voir point 2.5), et notamment les articles 6, 53, 54, 55 et 60, ainsi que l'article 3 du protocole 21 de l'accord EEE. **[Or. 10]**

L'accord avec la Suisse

5.7. L'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 (voir point 2.5), et notamment les articles 1, 8 et 9.

La jurisprudence pertinente de la Cour (en résumé)

5.8. L'arrêt du 30 janvier 1974, BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (127/73, EU:C:1974:6) et notamment les points 14, 15, 16, 17, 20 et 22.

5.9. L'arrêt du 30 avril 1986, Asjes e.a. (209/84 à 213/84, EU:C:1986:188), et notamment les points 42, 45, 49, 63, 65, 67, 68 et 69.

5.10. L'arrêt du 11 avril 1989, Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140), et notamment les considérants 20, 21, 29, 32, 33, 36, 51 et 52.

Les compétences du juge civil par opposition aux compétences d'exécution administratives

5.11. L'avis du professeur Meij³ indique, pour ce qui nous concerne, ce qui suit [traduction libre] :

« [...] »

9. Il importe [...] de [...] retenir que les règles substantielles relevant du domaine du droit de la concurrence découlent directement du traité. Le droit dérivé des règlements d'exécution applicables dans ce domaine peut faciliter, voire clarifier, la mise en œuvre et l'application de ces règles, mais ne peut pas modifier le contenu essentiel des dispositions du traité.

³ [omissis] [renvoi vers la pièce de procédure comportant cet avis].

[...]

13. À cet égard, la précision figurant à l'article 6 du règlement n° 1/2003 selon laquelle les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE constitue avant tout une confirmation du pouvoir, voire même de l'obligation, d'appliquer l'article 101, paragraphe 1, TFUE, qui avait déjà été reconnue dans une jurisprudence beaucoup plus ancienne, et qui a également été étendue au pouvoir d'appliquer les critères d'exemption prévus à l'article 101, paragraphe 3, TFUE. Étant donné que, selon une jurisprudence constante, les interdictions prévues à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102 TFUE, sont, de par leur nature, destinées à produire des effets directs dans les relations entre les particuliers, ces dispositions créent directement des droits pour les particuliers concernés que la juridiction nationale est tenue de sauvegarder. C'est notamment également le cas pour les entreprises qui estiment avoir subi un dommage en raison de pratiques anticoncurrentielles dans des situations où la Commission n'a pas agi contre ces pratiques. Il s'ensuit que les relations horizontales de droit privé font non seulement naître des droits, mais également des obligations, que la juridiction est tenue de sauvegarder.

[...]

15 Le traité ne comporte [...] aucune indication en ce sens que l'effet horizontal des articles 101 et 102 TFUE, et les conséquences qui en découlent, dépendent de l'entrée en vigueur de règles d'exécution [...]. En effet, comme la Cour [Or. 11] l'a également expressément jugé en ce qui concerne les règles de droit de la concurrence du traité, il s'agit de droits que les particuliers "tirent du traité lui-même". Subordonner l'effet direct à l'adoption d'une décision par les autorités administratives est incompatible avec la substance de cette doctrine. Même pendant la période au cours de laquelle la mise en œuvre administrative de ces dispositions était encore soumise au régime transitoire [...], les articles 101 et 102 du TFUE ne peuvent être privés de l'effet direct qui les caractérise en raison de leur nature même.

[...]

18. En ce qui concerne la mise en œuvre, le contrôle et l'exécution, les articles 104 et 105 TFUE prévoient un régime transitoire jusqu'à l'adoption des règles d'application au titre de l'article 103 TFUE. [...] ce régime transitoire [vise] en particulier l'exécution, y compris l'octroi d'exemptions, par les autorités administratives des États membres. L'action des organes administratifs nationaux en la matière est soumise au contrôle des juridictions (administratives) nationales.

19. Indépendamment de cela, il appartenait, et il appartient toujours, aux juridictions civiles nationales d'appliquer le droit de la concurrence de l'Union dans les litiges entre entreprises privées.

[...]

21 [...]. Dans l'arrêt BRT/Sabam, la Cour a jugé que la disposition prévue dans le règlement 17/62, selon laquelle les autorités des États membres restent compétentes aussi longtemps que la Commission n'engage aucune procédure à l'égard des mêmes faits, concerne uniquement les procédures administratives « principales » visées ici devant les autorités nationales au sens de l'article 104 TFUE, et non pas les missions « secondaires » du juge national. De la même façon, le régime transitoire prévu aux articles 104 et 105 TFUE concerne uniquement l'exécution administrative « principale », et non pas l'exécution « secondaire » en droit privé.

[...]. »

6. L'appréciation

6.1. Dans sa décision du 17 mars 2017, la Commission a considéré que le règlement n° 1/2003, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, lui a donné la compétence pour adopter cette décision. Avant cette date, le règlement n° 3975/87 lui accordait la compétence d'appliquer les règles de concurrence en ce qui concernait le transport aérien. Le transport aérien entre les aéroports de l'UE et les aéroports des pays tiers était exclu du champ d'application de ce règlement. En conséquence, l'article 101, paragraphe 3, TFUE ne pouvait être appliqué à ces vols par la Commission et par les autorités nationales que sur la base du régime transitoire prévu aux articles 104 et 105 TFUE. C'est la raison pour laquelle, ainsi qu'il ressort de la décision (voir point 2.6), la Commission a limité sa décision du 17 mars 2017 à la période débutant le 1^{er} mai 2004 en ce qui concerne les vols entre les aéroports situés dans l'UE et les aéroports des pays tiers. Il en allait de même, mutatis mutandis, pour les vols effectués entre les aéroports de l'EEE et les aéroports des pays tiers pour la période précédant le 19 mai [2005].

6.2. La question principale qui se pose à présent est de savoir si la juridiction de céans est compétente pour constater, dans une procédure civile opposant des parties privées (« particuliers ») l'existence **[Or. 12]** d'une infraction aux règles de concurrence de l'Union, en particulier une infraction à l'interdiction prévue à l'article 101 TFUE, et accorder des dommages et intérêts aux parties lésées en raison d'une infraction à cette interdiction, en ce qui concerne des vols ayant été effectués avant respectivement le 1^{er} mai 2004 et le 19 mai 2005, pendant la période au cours de laquelle le régime transitoire prévu aux articles 104 et 105 TFUE était applicable à ces vols.

6.3. En ce qui concerne les vols effectués entre l'UE et la Suisse avant le 1^{er} juin 2002, la juridiction de céans, ainsi que les parties, considèrent que les dispositions

de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien ne sont pas applicables. Il convient toutefois de juger que, compte tenu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de cet accord, ce sont les dispositions générales du droit de la concurrence prévues dans le traité CE(E) (et, désormais, le TFUE) qui s'appliquent à ces vols, dès lors que les vols effectués au cours de cette période doivent désormais être considérés comme des vols entre l'UE et un pays tiers, de sorte que ces vols sont soumis au même régime que celui qui était applicable avant le 1^{er} mai 2004 aux vols effectués entre les aéroports de l'UE et les aéroports situés en-dehors de l'EEE. Cela signifie que les considérations qui seront faites ci-dessous en ce qui concerne cette dernière catégorie de vols vaudront également pour les vols effectués avant le 1^{er} juin 2002 entre l'UE et la Suisse.

6.4. Il est clair qu'il peut être répondu de manière très différente à la question posée au point 4.1. Les compagnies aériennes, le juge Rose ainsi que la Court of Appeal (Cour d'appel, Angleterre et pays de Galles) répondent par la négative à cette question, compte tenu de la jurisprudence de la Cour, tandis que SCC et Equilib, soutenues par le prof. Meij dans l'avis qu'il a rendu, y répondent par l'affirmative, en invoquant la même jurisprudence. La juridiction de céans considère ce qui suit.

6.5. Dans l'arrêt BRT/SABAM, la Cour est partie du principe que les interdictions de l'article 101, paragraphe 1, et de l'article 102 TFUE se prêtent, par leur nature même, à produire des effets directs dans les relations entre particuliers et que ces articles engendrent donc directement des droits, qui découlent du traité, dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Si l'exercice de ces droits par les particuliers devait dépendre de la mise en œuvre (administrative) exclusive par les autorités des États membres ou par la Commission, les particuliers seraient privés de ces droits. Cela signifie qu'une juridiction devant laquelle est invoqué l'effet direct de l'un de ces articles (ces articles ne sont donc pas appliqués d'office par la juridiction) ne peut se décharger de l'obligation de statuer. Toutefois, la Cour a estimé que la juridiction nationale devrait faire preuve de retenue dans une affaire dans laquelle sont invoquées les règles de concurrence si la Commission (ou l'autorité nationale) examine également cette question. Il résulte de ce qui précède que l'article 101, paragraphe 1, TFUE a, par sa nature même, un effet horizontal direct dans les relations entre particuliers. La compétence qu'ont les juridictions nationales d'appliquer ces dispositions du droit de l'Union dans un litige entre particuliers découle de leur effet direct.

6.6. Dans l'arrêt Asjes, la Cour a jugé que les transports aériens restent, au même titre que les autres modes de transport, soumis aux règles générales [Or. 13] du traité, y compris les règles en matière de concurrence. Elle a toutefois constaté à cet égard que, tant qu'une réglementation telle que celle prévue à l'article 87 du traité CEE [103 TFUE] n'était pas encore applicable, les articles 88 et 89 du traité CEE [104 et 105 TFUE] étaient applicables. Dans le cas où une réglementation n'est pas encore applicable, ou si l'autorité nationale ou la Commission ne se sont

pas encore prononcées sur l'infraction alléguée, mais sont encore en mesure de le faire, la juridiction nationale n'est pas compétente pour constater une violation de l'article 85 du traité CEE [101 TFUE] - avec pour conséquence la nullité de plein droit – étant donné qu'une telle conclusion conduirait à frapper d'interdiction et de nullité de plein droit certains accords, avant même de pouvoir constater si l'article 85 [101 TFUE] est applicable dans son intégralité à ces accords. Selon la Cour, cela serait contraire au principe de la sécurité juridique.

6.7. Au vu de ce qui précède, la juridiction de céans conclut que le traité confère aux juridictions civiles nationales une compétence indépendante qui leur est propre d'appliquer les règles de concurrence dans les litiges entre particuliers.

6.8. La compétence de la juridiction nationale décrite ci-dessus est indépendante de la mise en œuvre administrative par les autorités de concurrence compétentes en la matière telle que prévue aux articles 104 et 105 TFUE. Ainsi que le prof. Meij l'a également indiqué dans son avis, cette mise en œuvre administrative ne porte pas atteinte au rôle autonome dont dispose la juridiction nationale pour appliquer l'article 101 TFUE. Il est incompatible avec l'effet horizontal direct de l'article 101, paragraphe 1, TFUE que son application par les juridictions nationales dépende de décisions prises par les autorités administratives, comme le font valoir les compagnies aériennes en invoquant les arrêts *Asjes* et *Ahmed Saeed*. Selon elles, il résulte de ces arrêts que les autorités administratives doivent d'abord effectuer un « acte d'activation » avant que la juridiction nationale puisse appliquer l'article 101 TFUE. Selon la juridiction de céans, contrairement à ce que soutiennent les compagnies aériennes, il ne découle pas de ces arrêts que c'est l'absence d'un « acte d'activation » qui constitue la raison pour laquelle la juridiction nationale doit faire preuve de retenue, mais plutôt la possibilité qu'une exemption puisse encore être obtenue, que ce soit avec effet rétroactif ou non. La limitation du rôle de la juridiction nationale est donc fondée sur la possibilité d'une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE et la sécurité juridique qui y est liée.

6.9. Les articles 104 et 105 TFUE permettent à la fois une mise en œuvre administrative et une mise en œuvre en droit civil, ce qui crée en principe un risque de décisions contradictoires. Toutefois, la mise en œuvre administrative n'a pas rang de priorité par rapport à la mise en œuvre en droit civil. Ou, pour reprendre les termes de SCC et *Equilib* : il existe deux « guichets » parallèles, d'une part le « guichet » de l'autorité nationale et, d'autre part, le « guichet » de la juridiction civile nationale. Ce risque a été reconnu par la Cour. Comme indiqué ci-dessus, [Or. 14] la juridiction de céans interprète les arrêts *Asjes* et *Ahmed Saeed* en ce sens que la Cour n'accepte une limitation de la compétence des juridictions civiles nationales que dans le cas où une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE est encore possible, laquelle exemption est décidée par les autorités déclarées compétentes en vertu des dispositions de transposition. La Cour a jugé qu'il serait contraire au principe de sécurité juridique qu'une juridiction nationale constate une infraction, ayant pour conséquence radicale la nullité de plein droit, alors que, conformément au régime

transitoire, les autorités compétentes pourraient encore accorder une exemption (avec effet rétroactif dans l'affaire *Asjes*). Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour dans l'arrêt *Ahmed Saeed*. Dans cette optique, la Cour n'avait pas accordé de signification dans cet arrêt au régime transitoire aux fins de l'application de l'article 102 TFUE (qui ne prévoit pas la possibilité d'une exemption et où la sécurité juridique n'est pas en cause). L'interdiction de l'article 102 TFUE s'appliquait sans restriction à l'ensemble du secteur aérien et pouvait donc être directement appliquée par les juridictions nationales.

6.10. La juridiction de céans déduit donc de la jurisprudence précitée qu'une juridiction nationale peut et doit examiner des accords ou pratiques au titre de l'article 101 TFUE lorsque l'applicabilité de l'article 101, paragraphe 3, TFUE n'est plus en cause. Telle est la situation en l'espèce. Il est en effet incontesté que les compagnies aériennes n'ont pas demandé d'exemption auprès des autorités nationales ou de la Commission pendant la période (de l'entente) concernée et qu'elles ne peuvent plus demander une telle exemption à ces autorités. Cela signifie qu'il ne peut plus y avoir de décisions contradictoires et donc d'insécurité juridique dans la présente affaire. Compte tenu de la jurisprudence susmentionnée de la Cour, il ne semble plus y avoir de restrictions à l'application de l'article 101 TFUE par la juridiction de céans.

6.11. La position des compagnies aériennes – selon laquelle la circonstance qu'il n'y avait pas encore de règlement d'application en ce qui concerne les vols entre les aéroports de l'Union et les aéroports situés dans des pays tiers et que, partant, le régime transitoire prévu aux articles 104 et 105 TFUE était applicable, signifie que l'article 101 TFUE n'est pas applicable sur le fond à ces vols au cours de la période antérieure au 1^{er} mai 2004 – ne peut pas être suivie. Selon la juridiction de céans, l'argument avancé par les compagnies aériennes en ce sens que l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE par la juridiction nationale serait subordonnée à la condition qu'une décision préalable de l'autorité nationale ou de la Commission ait été adoptée, n'est pas étayé par les motifs retenus par la Cour dans les arrêts *BRT/Sabam*, *Asjes* et *Ahmed Saeed*. Le raisonnement des compagnies aériennes aurait pour conséquence que la seule constatation qu'un tel « acte d'activation » fait défaut signifierait que la juridiction nationale ne serait jamais compétente pour appliquer l'article 101 du TFUE. Cette position ne semble pas conforme à la jurisprudence de la Cour, car il n'y aurait alors jamais (ou il ne pourrait jamais y avoir) d'insécurité juridique au sens des arrêts précités. **[Or. 15]**

6.12. Ainsi qu'il a été jugé ci-dessus, il semble résulter de la jurisprudence de la Cour que l'article 101 TFUE est applicable au secteur des transports aériens, y compris au cours de la période antérieure au 1^{er} mai 2004, que l'article 101 TFUE a un effet horizontal direct dans les relations entre particuliers et que le juge national a, dans le cadre des litiges entre particuliers, une compétence autonome en tant que juge de l'Union. Cela signifierait qu'il ne pourrait pas refuser d'appliquer les dispositions du droit européen de la concurrence, mais qu'il devrait respecter les règles de procédure qui régissent les compétences entre les différents organes de l'Union à ce moment-là. À l'époque du régime transitoire, la

juridiction nationale ne pouvait pas statuer à elle seule sur l'article 101, paragraphe 3, du TFUE tant qu'il existait encore une possibilité que la Commission ou une autorité nationale puisse accorder une exemption. Dès lors que cette possibilité n'existait plus, ou dès lors qu'une décision avait été adoptée par la Commission européenne ou une autorité nationale, la juridiction nationale devait en tenir compte lors de l'application de l'article 101 TFUE dans une procédure entre particuliers. Selon la juridiction de céans, cela signifie donc que, pendant la période où le régime transitoire était encore applicable, la juridiction civile nationale n'était pas compétente pour adopter une décision sur la base de l'article 101 du TFUE tant qu'une autorité nationale ou la Commission pouvait encore accorder une dérogation. La limitation du rôle du juge national était donc due au fait qu'une exemption était (encore) possible, et non pas au fait que la règle ne pouvait pas être appliquée au fond par le juge national. En effet, l'effet horizontal direct de l'article 101 du TFUE n'était pas exclu en ce qui concerne son paragraphe 3, mais son application par le juge national était limitée sur le plan procédural pour des raisons de sécurité juridique.

6.13. La Commission et l'autorité nationale ne sont plus compétentes pour prendre une décision sur cet aspect, les règles de procédure ayant été modifiées avec l'adoption du règlement n° 1/2003. Si l'on suivait la position des compagnies aériennes, cela aurait pour conséquence qu'il n'existerait actuellement plus d'autorité compétente ou de juridiction nationale qui pourrait porter une appréciation sur l'applicabilité de l'interdiction prévue à l'article 101 TFUE pour la période antérieure au 1^{er} mai 2004. Cela récompenserait la non-divulgation d'accords sur les prix qui auraient pu enfreindre les règles de concurrence au cours de cette période. Il est incontesté que les transporteurs aériens n'ont jamais demandé d'exemption à la Commission ou à une autorité nationale de concurrence au cours de cette période. L'éventualité de décisions contradictoires ne se pose (désormais) plus dans le cas d'espèce, dès lors que, dans sa nouvelle décision du 17 mars 2017, la Commission s'est déclarée incompétente pour rendre une décision au titre du règlement 1/2003 pour la période antérieure au 1^{er} mai 2004. Dans cette décision, la Commission a néanmoins considéré qu'une infraction avait été commise entre 1999 et 2006 (voir points 2.2 et 2.5 ci-dessus). Elle n'a toutefois tiré aucune conséquence de cette constatation, étant donné qu'elle ne s'estimait pas compétente pour le faire à la lumière de la procédure prévue par le règlement n° 1/2003. Le risque d'une éventuelle décision contradictoire semble donc absent. **[Or. 16]**

6.14. La juridiction de céans estime, dès lors, qu'elle est compétente, sur la base de la jurisprudence précitée de la Cour, pour statuer, a posteriori, sur les accords que les compagnies aériennes ont conclus entre elles au cours des périodes antérieures au 1^{er} mai 2004. Au cours de cette période, l'article 101 TFUE était applicable aux accords en cause. Le seul fait que la procédure de constatation d'une infraction et d'octroi d'une exemption ait été modifiée au fil du temps ne change rien à l'application au fond des règles de concurrence dans une procédure civile.

6.15. Tant les allégations des parties que l’appréciation de la juridiction de céans en ce qui concerne les vols effectués avant le 1^{er} mai 2004 sont applicables mutatis mutandis aux vols effectués entre les États membres (non-UE) de l’EEE et les pays tiers avant le 19 mai 2005.

7. Les questions préjudicielles

7.1. La juridiction de céans constate que son appréciation dans le jugement interlocutoire diffère de l’appréciation du juge Rose dans son jugement rendu le 4 octobre 2017 dans l’affaire Emerald. Cette appréciation a été confirmée par la Court of Appeal (Cour d’appel) le 29 janvier 2019 (voir point 4.5). Compte tenu de l’objectif du TFUE d’assurer une application uniforme du TFUE, la juridiction de céans estime que, dans ces circonstances, il est nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour afin de lui permettre de trancher le litige dont elle est saisi.

7.2. [omissis] [déroulement de la procédure nationale]

7.3. SCC et Equilib font valoir [omissis] qu’elles sont d’accord avec la décision de la juridiction de renvoi de poser des questions préjudicielles à la Cour. Elles proposent toutefois de compléter les questions en incluant la compétence de la juridiction de céans, qu’elles ont elles-mêmes alléguée, fondée sur l’effet immédiat de l’article 6 du règlement n° 1/2003. Selon elles ⁴, contrairement à ce que soutient la juridiction de céans [au point 4.2 du présent jugement] [omissis], cet article a un effet immédiat car il s’agit d’une disposition de nature procédurale.

7.4. Les compagnies aériennes ont [omissis] fait valoir qu’elles considèrent qu’il n’est pas nécessaire de poser des questions préjudicielles puisque la question de l’application de l’article 101 TFUE a déjà été éclaircie dans la jurisprudence antérieure de la Cour [Or. 17] et confirmée récemment par la Court of Appeal (Cour d’appel, Angleterre et pays de Galles). Selon elles, il s’agit d’un acte éclairé.

7.5. Suite aux observations des parties, la juridiction de céans considère ce qui suit.

7.6. Dès lors que la thèse soutenue à titre principal par SCC et Equilib, selon laquelle la juridiction de céans est compétente en vertu de l’effet direct horizontal de l’article 101 TFUE, semble valable, cette dernière [omissis] n’est, à proprement parler, pas tenue d’examiner la thèse soutenue à titre subsidiaire par SCC et Equilib, selon laquelle l’article 6 du règlement n° 1/2003 a un effet immédiat et confère à la juridiction de céans, dans la présente procédure, le pouvoir d’apprécier les pratiques mises en œuvre par les compagnies aériennes qui sont antérieures à l’entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, le 1^{er} mai 2004. Pour des

⁴ [omissis] [renvoi aux pièces de procédure].

raisons d'économie de procédure, la juridiction de céans posera également, comme le demandent SCC et Equilib, une question préjudicielle sur cette argumentation qu'elles ont présentée à titre subsidiaire (également contestée par les compagnies aériennes).

7.7. Compte tenu de ce qui précède, la juridiction de céans formule la question suivante, qu'elle posera à la Cour au moyen d'un renvoi préjudiciel.

8. La décision

La juridiction de céans

8.1. demande à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer à titre préjudiciel sur la question 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 n° 1/2003 - aux accords/pratiques concertées des compagnies aériennes en ce qui concerne des services de fret sur des vols ayant été effectués, d'une part, avant le 1^{er} mai 2004 sur des liaisons entre des aéroports situés à l'intérieur de l'UE 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 1^{er} juin 2002 entre des aéroports situés à l'intérieur de l'UE 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 ? [Or. 18]

8.2. [omissis] [sursis à statuer, formule finale et signatures]