

Version anonymisée

Traduction

C-716/19 - 1

Affaire C-716/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

26 septembre 2019

Juridiction de renvoi :

Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid (España)

Date de la décision de renvoi :

29 juillet 2019

Parties demanderesses :

ZA

AZ

BX

CV

DU

ET

Partie défenderesse :

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 02 DE MADRID

[OMISSIS] [identification du litige et des parties]

ORDONNANCE

[OMISSIS] [identification du juge]

[OMISSIS] Madrid

[OMISSIS] 29 juillet 2019.

[OMISSIS]

FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

Premièrement. La présente procédure a pour objet un [OMISSIS] recours pour concurrence déloyale contre REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.

Deuxièmement. [OMISSIS] la partie demanderesse a demandé que la [Cour de justice de l'Union européenne] (ci-après la « Cour de justice ») soit saisie d'une question préjudicielle.

MOTIFS DE DROIT

Premièrement. Sur la question préjudicielle.

[OMISSIS] **[Or. 2]** [OMISSIS] [renvoi à l'article 267 TFUE comme fondement de la demande de décision préjudicielle]

[OMISSIS] [L]a demande préjudicielle soumise à la Cour a trait à l'interprétation d'une règle du droit communautaire.

Concrètement, il s'agit de la force probante que le règlement (CE) n° 1/2003 attribue aux faits déclarés comme prouvés dans une décision définitive d'une autorité de concurrence nationale d'un État membre de l'Union européenne, dans le cadre d'une procédure en application des articles 101 TFUE et 102 TFUE.

Deuxièmement. Résumé des faits à l'origine du litige [OMISSIS].

A) REPSOL et CEPESA, depuis 1993, date à laquelle le monopole a pris fin, et jusqu'à ce jour, ont contrôlé plus de 50 % du marché des hydrocarbures en tant qu'entreprises bénéficiaires de la scission des actifs du monopole pétrolier (CAMPSA). Concrètement, [REPSOL], a affiché une part de plus de 30 %.

B) [Par] décision du Tribunal de Defensa de la Competencia (autorité de la concurrence, ci-après le « TDC ») de 2001, [ladite] autorité de régulation de la concurrence de l'État espagnol a sanctionné les deux entités susmentionnées pour avoir fixé les prix directement à l'égard d'entrepreneurs indépendants, de 1993 à cette date. Dans la décision du TDC, il était précisé de manière claire et catégorique les taux ou les clauses contractuelles qui avaient donné lieu à cette fixation de prix, et il restait simplement à vérifier si le contrat en question était identique ou similaire à ceux analysés, pour conclure que la pratique de la fixation de prix avait eu lieu.

Fondamentalement, et pour résumer, [OMISSIS] le TDC a estimé qu'il y avait fixation verticale des prix lorsque ceux-ci étaient fixés à l'égard de faux commissionnaires qui prenaient des risques importants dans la gestion de l'activité commerciale qu'ils dirigeaient. Cette appréciation **[Or. 3]** [OMISSIS] était fondée sur la réglementation communautaire d'application, interprétée conformément aux critères dégagés par la [Cour de justice].

Concrètement, ladite décision dispose :

« IL Y A LIEU DE

1. *Déclarer que REPSOL SA a mis en œuvre une pratique interdite par l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la Ley de Defensa de la Competencia (loi de protection de la concurrence), en fixant les prix de vente au public des carburants à l'intention des distributeurs agissant avec elle [OMISSIS] sous un régime supposé de commission ou d'agence, en vertu des contrats cités dans [OMISSIS] le dossier du Service.*

2. *Ordonner à REPSOL de cesser de fixer les prix dans le cadre des relations avec des stations-service auxquelles elle est liée par un contrat avec des caractéristiques similaires.*

3. *Infliger à REPSOL SA une amende de 500 millions de pésètes (3 005 060,52 euros) pour pratiques contraires à l'article 1^{er} de la [Ley de Defensa de la Competencia – loi de protection de la concurrence], consistant dans la fixation de prix à l'égard des stations-service auxquelles elle est liée par les contrats figurant au point 1 ci-dessus [, au regard desquels] il est décidé qu'ils ne peuvent pas être considérés comme des contrats d'agence. (...) » **[Or. 4]***

Dans le dossier en question, l'ancien TDC ne fait autre qu'analyser un échantillon des différents types de contrats en vigueur sur le marché de la distribution de carburants sous un régime supposé de commission ou d'agence. Il s'agit de contrats identiques les uns aux autres qui imposent des conditions générales à l'instar de contrats d'adhésion et qui ne sont aucunement négociés par le distributeur.

C) En 2006, REPSOL a offert des engagements à la Commission, qui sont devenus obligatoires à la suite de l'adoption de la décision du 12 avril 2006 (affaire COMP/B-1/38.348-REPSOL CPP), conformément à l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003.

Pour ce qui concerne la possible existence d'une fixation de prix à l'égard de stations qualifiées d'« agents », mais qui ne possédaient pas, en réalité, cette qualité, la décision de la Commission [OMISSIS] fait apparaître de manière évidente, dans la note de bas de page n° 10, qu'il serait nécessaire de procéder à une analyse plus détaillée en vue de confirmer si les stations en cause, que l'on appelle agents, peuvent être considérées comme de vrais agents et si, dans ce cas, elles peuvent accorder des ristournes.

Malgré cela, la Commission renvoie expressément aux résultats de l'enquête que l'autorité nationale de la concurrence était en train de mener à ce moment, et, plus précisément, au dossier n° 490/00, en indiquant que le TDC avait déjà conclu que la fixation du prix de vente au public s'opérait moyennant des contrats qui n'étaient pas de « *vrais contrats d'agence* ».

D) En date du 30 juillet 2009, la CNC (devenue depuis la [OMISSIS] [Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – commission nationale des marchés et de la concurrence] (ci-après la « CNMC »), a conclu que tant REPSOL que CEPESA, suite à la décision de 2001 du TDC, curieusement, ont modifié la fixation « directe » du prix pour la transformer en une « fixation indirecte » du prix, une pratique également interdite.

Chacun des mécanismes que la CNMC invoque en tant qu'indices évidents d'une fixation indirecte de prix correspondent à la pratique commerciale qui était suivie, en l'espèce, pour l'attribution en exclusivité, et il est important de noter que REPSOL n'a pas nié cette pratique.

La vérification effectuée par la CNMC a été menée conformément à la réglementation applicable (le traité, le règlement et les lignes directrices) et en suivant le critère dégagé par la jurisprudence à cet égard [Or. 5] (décisions préjudicielles CEE[E]S, TOBAR et PEDRO IV), en vérifiant, selon ledit critère, le contexte économique et juridique dans lequel les contrats sont conclus, le type de contrat et le régime économique établi dans les contrats, l'ensemble des clauses contractuelles et des engagements pris par les parties, en tenant compte des mécanismes ou facteurs suivants qui ont une incidence sur la fixation du prix de vente au public :

- La formation du prix d'acquisition ou de transport du produit ;
- La fixation des commissions/marges ;
- Le système de communication des prix maximaux/recommandés ;
- La transmission, à l'opérateur, des obligations de facturation du titulaire de la station-service ;
- Le rôle des opérateurs dans le traitement fiscal des ristournes ;
- L'application des ristournes sur le prix maximaux/recommandé ;
- pour parvenir à la conclusion que les comportements analysés supposent une fixation verticale du prix de vente au public constituant une infraction à l'article 1^{er} [de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (loi n° 16/1989, du 17 juillet 1989, sur la protection de la concurrence, ci-après la « LDC »)] et à l'article 81, paragraphe 1, TCE, au motif que, non seulement, ils incitent à ne pas s'écarter dudit prix, mais ils ont pour objet ou pour finalité de

présenter ce dernier comme un prix fixe ou minimal, ce qui est confirmé par le fait qu'il est largement suivi.

Ainsi, la CNMC a procédé au test prévu au point 47 des lignes directrices sur les restrictions verticales pour apprécier si un certain type de conditions, exigées par l'opérateur – en l'espèce REPSOL –, auxquelles s'ajoutent des conditions supplémentaires, ont pour effet de transformer les prix maximaux en prix fixes ou minimaux. Il a cependant aussi suivi les indications que les lignes directrices fournissent à la section 2.8, en vue d'apprécier les cas qui se situent au-dessus du seuil de 30 % de parts de marché et qui, dès lors, ne relèveraient pas du règlement n° 2790/99, ces cas étant énumérés aux points 226 à 228 des lignes directrices.

À ce jour, cette décision ne semble pas avoir été exécutée, et elle est en train de contraindre REPSOL et CEPSA à modifier en masse leurs « faux contrats d'agence ». À cet effet, il importe de souligner que ce qu'entend faire REPSOL c'est de transformer son réseau de stations-service [OMISSIS] en agents authentiques ou « vrais agents », qui assumeront les risques commerciaux, ce qui vient confirmer, sans l'ombre d'un doute, différents aspects pertinents :

– [OMISSIS] cela montre et confirme que Repsol fixait le prix de vente au public à l'égard d'entreprises indépendantes. **[Or. 6]**

– Repsol prétend mettre en œuvre les décisions de la CNMC, non pas moyennant la conclusion de contrats de revente indexés sur la cote Platt's, ce qui garantirait la compétitivité dans ce secteur, mais moyennant des contrats de pure agence, sachant que son intention, unique et manifeste, est, depuis toujours, de contrôler le prix de vente au public sur tout le territoire national, eu égard à sa part de marché.

Afin de démontrer cette affirmation, les parties demandereses ont produit [OMISSIS] un modèle de contrat de fourniture proposé à l'ensemble des stations-service de son réseau – et pas seulement à celles examinées – par lequel Repsol prétend exécuter la décision de la CNMC, et fait apparaître, du propre fait de Repsol, que la décision en cause vise l'ensemble de son réseau, avec les mêmes dispositions, et pas seulement les contrats qui y sont examinés.

Ainsi, le fait d'affirmer :

1) que la possibilité, pour des opérateurs économiques indépendants, de pratiquer des ristournes en les imputant sur leur commission, exclut l'existence d'une fixation du prix de vente au public ;

2) et que seuls les contrats expressément examinés par l'autorité de concurrence sont affectés par les décisions de cette dernière, de même que ces décisions, mêmes définitives, ne constituent pas un commencement de preuve de l'infraction commise, procède d'une interprétation manifestement erronée du droit européen de la concurrence, entraîne une violation flagrante de l'ordre juridique de l'Union européenne et pourrait même donner lieu à des sanctions pour manquement infligées au Royaume d'Espagne. De telles affirmations ne sont

nullement étayées par la législation, pas plus qu'elles ne sauraient être tirées de l'interprétation fournie par la Cour de justice dans de nombreuses décisions préjudicielles rendues sur des demandes soulevées par différents organes juridictionnels de notre pays (CEE[E]S, TOBAR, PEDRO IV, LUBRICARGA, BRIGHT SERVICE, GASORBA).

Cette interprétation ne prend pas en considération l'application parallèle de la législation en cause, le principe fondamental de coopération dans l'application de celle-ci, l'échange d'informations existant entre les différentes autorités chargées de son application et, en définitive, le principe fondamental d'application uniforme de cette législation.

L'application parallèle, par différents organes et autorités, des articles 101 TFUE et 102 TFUE s'effectue « en réseau », mais cela ne veut pas dire que des décisions sont prises [Or. 7] auxquelles la Commission européenne est étrangère, pas plus que l'on ne peut réinterpréter les arrêts rendus par la Cour de justice, seul interprète [OMISSIS] du Traité.

L'interprétation fournie par le Tribunal Supremo (ci-après le « TC » Cour suprême, Espagne, ci-après le « TC ») dans ses arrêts du 7 février 2018 et du 10 mai 2018 constitue une violation de la législation communautaire et est contraire aux décisions de la Commission, en ce que celui-ci omet qu'il doit travailler « en réseau » avec les autorités nationales de la concurrence, de même qu'elle est contraire à la jurisprudence de la Cour, en ce qu'elle confirme une jurisprudence allant dans le sens contraire à celle-ci et porte gravement atteinte au droit de protection d'une partie visée par une décision juridictionnelle fondée en droit et à la désignation du juge par la loi.

E) En outre, ces affirmations s'opposent à la jurisprudence constante [également] du [OMISSIS] Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) statuant sur un seul et même fait, à savoir l'existence ou non de la fixation verticale des prix, et cela provoque, [OMISSIS] une insécurité juridique [OMISSIS] qui se manifeste dans les [OMISSIS] critères totalement opposés qui sont appliqués à cet égard par la [OMISSIS] AP Barcelona (cour provinciale de Barcelone) et la [OMISSIS] AP Madrid (cour provinciale de Madrid).

Troisièmement. Cadre juridique communautaire. La réglementation communautaire en la matière. Nécessité de saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle sur la question de la fixation de prix et le caractère contraignant des décisions définitives de la CNMC (ex CNC et TDC) pour les juridictions espagnoles.

Concernant la force probante que le règlement [n°] 1/2003 attribue aux faits déclarés prouvés dans une décision définitive d'une autorité de concurrence nationale d'un État membre de l'Union au sein d'une procédure en application des articles 101 TFUE et 102 TFUE, il est deux questions relatives à la fixation du prix de vente au public qu'il appartient à la Cour d'interpréter afin d'éviter

l'instauration d'une jurisprudence qui ne soit pas conforme au droit européen de la concurrence.

I.º. La première question est celle de l'interprétation donnée dans le dernier arrêt rendu par le TS (Cour suprême, Espagne) s'agissant d'apprécier l'existence ou non d'une fixation verticale des prix ; dans le cadre de la mise en œuvre privée du droit européen de la concurrence [arrêt du TS (Cour suprême, Espagne) rendu dans l'affaire Gasorba le 8 février 2018 [OMISSIS] et arrêt du TS (Cour suprême, Espagne) rendu le 10 de mai 2018 [OMISSIS]], cette interprétation pourrait être totalement erronée, du moment qu'elle pourrait s'avérer contraire à la réglementation d'application et au critère appliqué par la Cour de justice dans différentes décisions préjudicielles. **[Or. 8]**

Les mesures du 20 décembre 2013 et du 27 juillet 2017 de surveillance de l'exécution de la décision de la CNMC du 30 juillet 2009, [OMISSIS] de même que les contrats visés par ces procédures de sanction, c'est-à-dire les contrats non conformes au droit de la concurrence, sont des contrats illégaux*.

2.º La deuxième question, [relative aux] décisions des autorités de concurrence nationales – dont la mise en œuvre est régie par les principes fondamentaux de coopération, de coordination et d'uniformité dans l'application du droit européen – [qui] constituent un indice important, voire un commencement de preuve de l'incompatibilité de l'accord entre entreprises en cause avec les règles en matière de concurrence.

Il convient de rappeler que l'interprétation résultant de la décision de la CNC du 30 juillet 2009, ayant acquis force de chose jugée à la suite de l'arrêt du TS (Cour suprême, Espagne) [OMISSIS] du 22 mai 2015, est fondée, essentiellement, sur la jurisprudence de la Cour dans les arrêts susmentionnés.

Ainsi, la CNMC ne se limite pas à analyser simplement si les stations-service faisant partie du réseau de REPSOL, CEPSA et BP pouvaient pratiquer des ristournes en les imputant sur leur commission, mais elle analyse de manière exhaustive, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, la totalité des mécanismes indiqués par cette dernière, qui pourraient conduire à ce que le prix indiqué comme maximal ou recommandé revienne, en réalité, à constituer un prix fixe ou minimal, pour conclure, en définitive, que cela relève d'une fixation indirecte du prix de vente au public. La CNMC effectue le test prévu au point 47 des lignes directrices sur les restrictions verticales pour évaluer si un certain type de conditions exigées par l'opérateur, ensemble avec d'autres conditions complémentaires, transforment les prix maximaux en prix fixes. Elle suit cependant également les orientations que les lignes directrices proposent à la section 2.8, pour apprécier les cas de dépassement du seuil de 30 % de parts de marché, lesquels ne relèveraient pas de l'application du règlement n° 2790/99, ces cas étant énumérés aux points 226 à 228 des lignes directrices [OMISSIS].

* Ndt : Cette phrase n'est pas claire dans l'original et semble incomplète.

Partant, l'examen exigé par la réglementation et par la jurisprudence de la Cour de justice fait apparaître, en outre, que REPSOL, avec une part de plus de 30 % du marché de référence, [étant donné] l'uniformité des prix constatée et la situation **[Or. 9]** d'oligopole existante, ne pourrait même pas établir des prix maximaux ou recommandés, lesquels violent clairement l'article 81, paragraphe 1, TCE.

La jurisprudence de la Cour de justice ne soulève pas le moindre doute quant au fait que, lorsqu'un accord ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, il doit nécessairement remplir les conditions établies à l'article 81, paragraphe 3, TCE et que, dès lors qu'il ne remplit pas ces conditions et ne bénéficie pas d'une autorisation individuelle, [un tel accord] est [OMISSIS] interdit [OMISSIS] et [OMISSIS] [est] nul [OMISSIS] de plein droit, conformément à l'article 81, paragraphe 2, TCE.

Les affirmations de l'avocat général dans l'affaire C-547/16, GASORBA, sont tout à fait pertinentes, lorsqu'il prend acte de ce que la décision sur les engagements adoptée par la Commission européenne dans l'affaire Repsol, « **est sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de statuer sur l'affaire, celles-ci pouvant appliquer les articles 101 et 102 TFUE et constater, le cas échéant, l'existence d'une infraction** »

Et d'ajouter au point 35 de ses conclusions que « **Au contraire, le principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, TUE) et l'objectif général d'une application aussi efficace et uniforme que possible du droit des ententes de l'Union imposent au juge national de considérer cette évaluation de la Commission comme un indice important, voire comme un commencement de preuve du caractère anticoncurrentiel de l'accord en cause, d'en tenir dûment compte, et de consulter la Commission s'il veut y déroger. Cependant, compte tenu de son caractère sommaire et préliminaire, l'évaluation de la Commission au regard du droit de la concurrence figurant dans une décision au titre de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 ne doit pas, en définitive, empêcher la juridiction nationale de parvenir à un résultat partiellement ou totalement différent dans la même affaire à la suite d'investigations supplémentaires et d'un examen plus approfondi** ».

La Commission européenne, dans sa décision du 12 avril 2006, à la note de bas de page n° 10, effectue une analyse plus approfondie conformément aux compétences parallèles existantes et en application du principe fondamental de coopération et d'application uniforme du droit de la concurrence. [OMISSIS] [D]ans les observations il était fait référence également à une procédure de sanction n° 490/00 dans laquelle le TDC a décidé, le 11 juillet 2001, que [OMISSIS] les contrats appelés « contrats d'agence » conclus entre certaines stations-service et [REPSOL] n'étaient pas de vrais contrats d'agence et que le fait que [REPSOL] fixe le prix était illégal. Ladite juridiction a donc ordonné à [REPSOL] CPP **[Or. 10]** de cesser de fixer les prix dans tous les contrats ayant des caractéristiques similaires.

Ainsi, il est incontestable que, selon les indications de l'avocat général Kokott dans ses conclusions, confirmées dans l'arrêt du [OMISSIS] 7 février 2018, **les décisions de l'autorité nationale de concurrence, qui plus est, devenues définitives, doivent [OMISSIS] être considérées comme un commencement de preuve de l'incompatibilité de l'accord avec le droit européen de la concurrence [Or. 11]**

De la même manière, il est incontestable que tant la Cour que le TS (Cour suprême, Espagne), dans leurs décisions relatives à l'affaire GASORBA, affirment que la décision de la Commission ne légalise par le comportement sur le marché de l'entreprise en cause, et encore moins avec un effet rétroactif. À cela s'ajoute l'affirmation contenue dans les conclusions susmentionnées, selon laquelle « [...] le comportement sur le marché de chaque entreprise continue de relever de sa responsabilité individuelle, laquelle occupe une place prépondérante dans l'ensemble du système du règlement n° 1/2003. Même une décision sur les engagements de la Commission ne peut pas exonérer l'entreprise de cette responsabilité ».

À titre liminaire, [il y a lieu de mentionner] l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne donne de la force probante que le règlement n° 1/2003 attribue aux faits examinés et prouvés par une autorité nationale de concurrence d'un État membre de l'Union, lorsque cette autorité agit en application des articles 101 TFUE et 102 TFUE, dans le cadre des fonctions que lui confèrent ledit règlement, la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales et la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/C101/03) du 27 avril 2004.

Par conséquent, la juridiction de céans estime qu'il est indispensable de saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle, du moment que :

- en dates du 30 mai et du 11 juillet 2001, le TDC a constaté que REPSOL et CEPSA avaient mis en œuvre une pratique interdite par l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la Ley de Defensa de la Competencia (loi de protection de la concurrence), en fixant les prix de vente au public des carburants pratiqués par les distributeurs agissant, à leur égard, sous un prétendu régime de commission ou d'agence.
- en date du 30 juillet 2009, la CNC (Comisión Nacional de la Competencia – Commission nationale de la concurrence) a adopté une décision constatant que [REPSOL], [CEPSA] et BP Oil España ont violé l'article 1^{er} de la [OMISSIS] [LDC] ainsi que l'article 101 TFUE en « ayant fixé indirectement le prix de vente au public pratiqué par les entrepreneurs indépendants opérant sous leur enseigne, en restreignant la concurrence entre les stations-service de leur réseau et entre les autres stations-service ». Cette décision a ensuite été confirmée par les arrêts du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) [OMISSIS] du 22 mai et du 2 juin 2015. **[Or. 12]**

• l'arrêt du 11 septembre 2008, CEPSA (C-279/06, EU:C:2008:485) a apporté, ensemble avec l'arrêt du 14 décembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784) un élément extrêmement important :

1).— En premier lieu, le fait que[, étant donné que] la qualification du contrat, à la lumière des règles de concurrence, est « essentielle pour la solution de litige dont est saisie la juridiction de renvoi, il appartient à la Cour de rappeler, en premier lieu, les critères pertinents pour une telle qualification ». À cet effet, et sous le titre « Sur l'existence d'un accord entre entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE », l'arrêt en question affirme :

« [point] 36 Or, l'élément déterminant pour établir si un exploitant de station-service est un opérateur économique indépendant réside dans la convention conclue avec le commettant et, en particulier, dans les clauses, tacites ou expresses, de cette convention relatives à la prise en charge des risques financiers et commerciaux liés à la vente des marchandises à des tiers. La question du risque doit être analysée au cas par cas et en tenant compte de la réalité économique plutôt que de la qualification juridique de la relation contractuelle en droit interne (arrêt CEEES, point 46) ».

Compte tenu de l'interprétation donnée par le Tribunal dans l'arrêt du 15 septembre 2005, DaimlerChrysler/Commission (T-325/01, EU:T:2005:322), ainsi que dans les arrêts très importants CEES et TOBAR, les lignes directrices sur les restrictions verticales publiées le 19 mai 2010 et qui établissent les critères pour apprécier les restrictions verticales au regard de l'article 101 TFUE, précisent très clairement ce que l'on définit comme un contrat d'agence, et elles le font de la manière suivante* :

Le point 13 des lignes directrices dispose :

« Le facteur déterminant pour établir l'existence d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné. À cet égard, le fait que l'agent agisse pour le compte d'un ou de plusieurs commettants est sans incidence, de même que la qualification donnée à l'accord par ses parties ou par la législation nationale ». [Or. 13]

[OMISSIS] En vertu du point 17 des lignes directrices : « Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant, si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts [...], l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence [...] Le fait que ces risques soient supportés par l'agent suffit à conclure que celui-ci est un distributeur indépendant ».

* Ndt : Le juge national semble citer, ici, non pas les lignes directrices du 19 mai 2010, mais un projet de communication de la Commission sur lesdites lignes directrices, non daté.

Au point 21 des lignes directrices, on peut lire :

« Lorsque l'agent supporte tout ou partie des risques pertinents décrits au point 16, l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1. Dans ce cas, l'agent sera regardé comme un distributeur indépendant et l'accord le liant au commettant relèvera de l'article 81, paragraphe 1, comme tout autre accord vertical ».

Les lignes directrices susmentionnées ne font autre que recueillir l'ensemble des sources communautaires, la réglementation d'application telle qu'interprétée par la Cour de justice, et précisent la notion de contrat d'agence, en affirmant qu'indépendamment de la qualification donnée par le juge au contrat litigieux, fausse agence ou revente, [OMISSIS] l'article 81, paragraphe 1, TCE (actuel article 101, paragraphe 1, TFUE) lui sera applicable.

En ce sens, l'arrêt du 2 avril 2009, *Pedro IV Servicios* (C-260/07, EU:C:2009:215) a établi que : *« Les clauses contractuelles relatives aux prix de vente au public, telles que celles en cause dans l'affaire au principal, peuvent bénéficier de l'exemption par catégories en vertu du règlement n° 1984/83, tel que modifié par le règlement n° 1582/97, ainsi que du règlement n° 2790/1999 si le fournisseur se limite à imposer un prix de vente maximal ou à recommander un prix de vente et si, partant, le revendeur dispose d'une réelle possibilité de déterminer le prix de vente au public. En revanche, de telles clauses ne peuvent pas bénéficier desdites exemptions si elles aboutissent, directement ou par des moyens indirects ou dissimulés, à une fixation du prix de vente au public ou à une imposition du prix de vente minimal par le fournisseur. Il appartient à la juridiction de renvoi de rechercher si de telles contraintes pèsent sur le revendeur, en tenant compte de l'ensemble des obligations contractuelles prises dans leur contexte économique et juridique, ainsi que du comportement des parties au principal. ».* [Or. 14]

Cet arrêt renvoie, en outre, expressément aux points 67, 70 et 71 de [OMISSIS] l'[arrêt de la] Cour du 11 septembre 2008 (TOBAR) :

« 67 Dans une telle situation, eu égard à la répartition des compétences entre les juridictions nationales et la Cour, il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier les modalités de la fixation du prix de vente au public dans l'affaire au principal, ainsi que l'existence, dans le droit national, d'une possibilité de modification unilatérale de la clause régissant la fixation dudit prix. » (cela faisait référence au fait que tant Cepsa que REPSOL Avaient adressé aux stations-service, en novembre 2001, une lettre les autorisant à diminuer les prix de vente sans diminuer les recettes du fournisseur).

« 70 Il en résulte qu'il y a lieu de vérifier si la fixation du prix de vente maximal ne demeure pas, en réalité, un prix de vente fixe ou minimal, et ce en tenant

compte de l'ensemble des obligations contractuelles ainsi que du comportement des parties au principal. »

« 71 [...] Il importe notamment de vérifier si un tel prix de vente au public n'est pas, en réalité, fixé par des moyens indirects ou dissimulés, tels que la fixation de la marge de l'exploitant de la station-service, des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions ou des mesures d'incitation ».

Tant le point 48 des lignes directrices que les arrêts de la Cour de justice du 14 décembre 2006, du 11 septembre 2008 et du 3 avril 2009, font apparaître clairement [OMISSIS] que l'examen incombant à la juridiction nationale ne se limite pas à analyser si le fournisseur a donné la possibilité de pratiquer une ristourne, imputée sur la commission, d'un montant tout à fait dérisoire.

L'autorité de concurrence nationale espagnole, par décisions du 30 mai et du 11 juillet 2001, a établi que [CEPSA] et [REPSOL] avaient fixé le prix de vente au public pratiqué par des opérateurs économiques indépendants. Cela a acquis force de chose jugée à la suite des arrêts du TS (Cour suprême, Espagne) [OMISSIS] des 10 et 17 novembre 2010 respectivement.

Ce dernier suit de manière exhaustive les principes et les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour dans les arrêts précités, lorsqu'il affirme que : **[Or. 15]**

« [...] Sur ce point, une fois constaté que ce que les contrats litigieux appellent un 'agent' ou un 'commissionnaire' est en réalité une entreprise indépendante qui prenait des risques, et que le fournisseur fixait les prix finals de vente, il ne fait aucun doute, eu égard au point 17 des motifs de l'[arrêt du] TS (Cour suprême, Espagne) du 4 mai 2007, que les requérantes ne sauraient bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par l'ancien règlement n° 1984/83 (RD 152/92). La fixation de prix par REPSOL apparaît clairement dans certains contrats, ceux appelés de commission, et la position de cette dernière est significative, sachant qu'au cours de la procédure devant le [Servicio de Defensa de la Competencia (service de défense de la concurrence)] elle a toujours affirmé avoir imposé les prix de vente [OMISSIS] pour enfin signaler, en ce qui concerne les revendeurs qui représentent 2,5 % de son réseau de distribution, que cette imposition visait un prix maximal compatible avec la possibilité que le titulaire de la station-service le réduise en imputant la ristourne sur sa commission. Cette dernière pratique a été introduite dans des contrats postérieurs à 1997 [OMISSIS] à la demande de la Commission [et] n'affecte pas la réalité de la qualification retenue par le TDC, qu'il nous appartient de confirmer pleinement ».

La mise en œuvre privée du droit de la concurrence établie de manière contraignante dans les arrêts de la Cour de justice coïncide exactement avec l'interprétation donnée par l'autorité de concurrence nationale, confirmée à son tour par [OMISSIS] le TS (Cour suprême, Espagne) lorsqu'elle indique que [si] les contrats ne sont pas des contrats d'agence, ce n'est pas le point 48 des lignes directrices qui s'applique, mais le point 47, en vertu duquel le juge national doit

analyser si les prix appelés maximaux ne constituent pas, en réalité, des prix fixes ou minimaux sur lesquels le distributeur doit s'aligner.

Une interprétation identique est donnée dans la décision de la CNC du 30 juillet 2009, devenue définitive à la suite des arrêts du TS (Cour suprême, Espagne) [OMISSIS] du 22 mai et du 2 juin 2015, fondée essentiellement sur la jurisprudence de la Cour de justice issue des arrêts susmentionnés. Une analyse de cette décision fait apparaître à quel point l'autorité nationale de concurrence a été exhaustive dans l'appréciation qui, conformément aux critères dégagés par la Cour de justice, lui a permis de conclure et de constater que tant [REPSOL] que [CEPSA] et BP OIL avaient fixé le prix de vente au public à l'égard d'entrepreneurs indépendants, violant ainsi tant l'article 1^{er} LDC que l'article 81, paragraphe 1, TCE.

- [OMISSIS] Dans son arrêt n° 634/2014, du 9 janvier 2015, [OMISSIS] le TS (Cour suprême, Espagne) signale qu'une décision de la Comisión Nacional de la Competencia (Commission nationale de la concurrence) jouit de la plus grande autorité s'agissant de la conviction qu'une juridiction civile est appelée à se forger, et cela a fortiori si la décision en question est [Or. 16] confirmée, du moment qu'une décision juridictionnelle ayant acquis force de chose jugée s'impose aux juridictions civiles (y compris celles commerciales, en tant que parties dudit ordre juridictionnel civil).

En ce qui concerne l'intérêt communautaire, ce qui est en cause, c'est l'esprit de coopération entre les autorités de concurrence découlant : (i) du Règlement (CE) n° 1/2003 (considérants 15 et 16) ; (ii) de la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE ; (iii) des propres décisions de la Commission européenne ; et (iv) de la directive dommages ; de même qu'est remis en question le principe d'application uniforme du droit communautaire qui constitue l'expression la plus essentielle de la sécurité juridique :

Ainsi, [OMISSIS] dans le règlement (CE) n° 1/2003 (considérant 15) il est précisé qu'il convient que la Commission et les autorités de concurrence des États membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération, en mettant en place, à cet fin, des mécanismes d'information et de consultation.

[OMISSIS] [En vertu du considérant 16, [OMISSIS] : « *Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent* ».

La Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales des États membres de l'UE trouve sa raison d'être dans l'application uniforme du droit. La mise en œuvre parallèle du droit national de la concurrence en matière d'accords ne saurait conduire à des conclusions différentes de celles découlant du droit européen, le principe général de primauté du droit européen exigeant que les juridictions nationales écartent l'application de toute disposition de la législation nationale contraire à une disposition européenne, qu'elle soit antérieure ou postérieure à cette dernière. **[Or. 17]**

Compte tenu de ce qui précède, la Commission européenne elle-même a été amenée à ne pas se prononcer sur certains faits, voire à ne pas ouvrir de procédure de sanction, pour « éviter une duplication des recours » et pour des « raisons de fixation des priorités », eu égard à l'existence d'une enquête menée dans un État membre par une de ses autorités de concurrence nationales.

À cet égard, [OMISSIS] [voir] :

1. Avis de la Commission européenne, du 8 juillet 2009, sollicité par le Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Barcelona (tribunal de commerce de Barcelona) dans le [OMISSIS] cadre de la procédure ordinaire n° 359/2008 (affaire Bright Service contre REPSOL).

Dans ledit avis, et en réponse à la quatrième question soulevée, à savoir : « La pratique de la fixation indirecte des prix décrite dans l'affaire susmentionnée entraîne-t-elle une violation de l'article 81 CE et une violation, par REPSOL, de la décision du 12 avril 2006 adoptée dans l'affaire COMP/38348/REPSOL CPP ? », la Commission a affirmé, au point 16 :

« 16. La Commission ne fait pas de commentaires sur des enquêtes en cours des autorités de concurrence nationales ».

Et, en réponse à la cinquième question, ainsi formulée : « Du point de vue du droit de la concurrence, l'application du système de prix maximaux ou recommandés utilisé par REPSOL CCP dans ses contrats de distribution de détail sur le marché des stations-service est-elle considérée comme compatible avec l'article 81 du traité CE, puisqu'il favorise la libre concurrence ? », la Commission a affirmé, aux points 26 et 27, que :

« 26. Comme expliqué précédemment, dans la réponse à la question n° 4 des questions principales, la Commission ne peut faire de commentaires sur une procédure pendante devant une autorité nationale de concurrence. »

« 27. Toutefois, concernant la question de savoir s'il y a lieu de considérer que la pratique de prix maximaux recommandés enfreint le droit de la concurrence ou si c'est un moyen indirect de fixer le prix de revente, la Commission renvoie le juge national à son **[Or. 18]** avis du 11 mai 2007 rendu en réponse à la sollicitation du Juzgado de lo Mercantil n° 4 de Madrid (tribunal de commerce de Madrid) dans le cadre de l'affaire ESTACIÓN DE SERVICIO JOTRAN, S.L., c/GALP

ENERGÍA ESPAÑA, S.A., ainsi qu'à la Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, et notamment les points 47 et 225 à 228 ».

2. La décision de la Commission européenne du 28 avril 2011, rendue dans l'affaire COMP/39461, et l'arrêt ultérieur du Tribunal du 6 février 2014, CEEES et Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio/Commission (T-342/11, EU:T:2014:60).

3. La décision du 12 avril 2006 sur les engagements, adoptée par la Commission conformément à l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, qui a rendu obligatoires ces engagements pour Repsol (ci-après la « décision relative aux engagements »).

4. Le 30 mai 2007, la CEEES (Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio – confédération espagnole des entreprises de station-service) et la AGES (Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio – Association des gérants de stations-service) ont déposé une plainte devant la Commission en faisant valoir l'existence d'un accord contraire à l'article 101 TFUE entre différents fournisseurs de carburant. Les plaignantes faisaient également valoir que Repsol et Cepsa imposaient des prix de revente minimaux aux stations-service, violant ainsi les articles 101 TFUE et 102 TFUE.

En outre, le 10 juillet 2007, la CEEES et la AGES ont ajouté une autre allégation à leur plainte (ci-après la « troisième partie de la plainte ») en indiquant que Repsol avait manqué aux engagements – que la décision de la Commission du 12 avril 2006 avait rendus obligatoires pour Repsol – de ne pas restreindre la faculté des acheteurs de fixer le prix de vente. La CEEES et la AGES ont demandé à la Commission de rouvrir la procédure sur les engagements conformément à l'article 9, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003.

Le 30 juillet 2009, la CNC (Comisión Nacional de la Competencia – commission nationale de la concurrence), [OMISSIS] a adopté une décision dans laquelle elle conclut que [REPSOL], [CEPSA] et BP Oil España ont violé l'article 1^{er} de la [OMISSIS] [LDC] ainsi que l'article 101 TFUE, et inflige à Repsol une amende de 5 millions d'euros.

Le 21 septembre 2010, la Commission a envoyé à la CEEES et à la AGES une lettre au titre de l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 773/2004, signalant que, pour ce qui concerne la possible existence d'un accord **[Or. 19]** contraire à la concurrence entre les fournisseurs de carburant (violation alléguée de l'article 101 TFUE), la Commission expliquait qu'elle avait envoyé cette partie de la plainte à la CNC. Ainsi, pour ce qui est de l'allégation relative à l'imposition de prix au détail minimaux aux stations-service (violation alléguée de la décision relative aux engagements), la Commission considérait que cette question avait été abordée par la CNC dans sa décision du 30 juillet 2009, fût-ce directement dans la partie relative aux articles 101 TFUE et 102 TFUE. La Commission a partant

considéré que son intervention entraînerait une duplication des efforts et a communiqué aux plaignantes son intention de rejeter la plainte dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation dans le traitement des plaintes qui lui sont adressées. La CEEES et la AGES ont ultérieurement retiré leur plainte, à l'exception de la troisième partie qui, de l'avis des plaignantes, justifiait une intervention de la Commission.

Le 28 avril 2011, la Commission a adopté une décision rejetant le reste de la plainte. Elle a expliqué qu'elle prenait très au sérieux les manquements aux engagements dénoncés à la Commission en vertu de l'article 9 du règlement n° 1/2003, mais que, en l'espèce, la CNC avait déjà rendu une décision sur le même comportement invoqué par les plaignantes et avait infligé une amende. Dans ces circonstances, la Commission a considéré qu'une intervention de sa part entraînerait une duplication des efforts, de sorte qu'elle a rejeté la plainte pour des raisons de fixation de priorités. Par un recours déposé le 30 juin 2011, la CEEES et la AGES ont demandé au Tribunal d'annuler la décision susmentionnée de la Commission rejetant leur plainte (affaire CEEES et AGES/Commission, T-342/11).

Dans son arrêt rendu le 6 février 2011[4], le Tribunal souligne, aux points 72 et 73, la « coopération étroite » entre les autorités de concurrence nationales en vue de l'application uniforme du droit de la concurrence. Cette circonstance a amené la Commission à ne pas initier une nouvelle procédure de sanction à l'encontre de REPSOL, précisément en considération du résultat de la décision de la CNC du 30 juillet 2007 dans laquelle il était déclaré comme prouvé que REPSOL avait violé l'article 101 TFUE. Ainsi, au point 73 de l'arrêt en question, il est souligné que la Commission a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que l'adoption de mesures supplémentaires contre Repsol n'était pas nécessaire. [Or. 20]

4. La décision de la Commission européenne du 4 octobre 2013, sur les questions du Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Madrid (tribunal de commerce de Madrid) [OMISSIS] (affaire ESTACIO DE SERVEI REPRIS, SL. contre REPSOL).

En réponse à la question n° 3 : « La Commission a-t-elle connaissance de l'existence de la procédure de sanction n° 652/07 (2804/97 de la Dirección de Investigación) engagée d'office par l'autorité de concurrence espagnole à l'encontre de REPSOL, CEPSA et BP pour une pratique prétendument contraire à l'article 1^{er} LDC et à l'article 81 TCE ? »,

la Commission a expliqué, entre autres questions, qu'elle avait été informée de la procédure de sanction engagée par la CNC conformément à l'article 11, paragraphes 3 et 4, du règlement (CE) n° 1/2003 [OMISSIS], et qu'elle en profitait pour rappeler que, pour cette raison, dans la procédure (COMP/39461) elle avait rejeté la plainte introduite par la CEEES et la AGES, au motif que les mêmes faits étaient soumis au jugement de l'autorité de concurrence espagnole.

5. La récente directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, et la réglementation qui la transpose dans l'ordre juridique espagnol, [OMISSIS] constituent la plus haute expression du fait que, précisément, la preuve établie dans toute procédure doit servir de base pour la plainte.

Tant l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2014/104, que le décret-loi royal n° 9, du 26 mai 2017, donne[nt] un contenu au nouvel article 75 de la LDC, en établissant que les décisions administratives définitives qui déclarent l'existence d'une infraction au droit de la concurrence sont contraignantes pour la juridiction civile saisie d'une action relative à ladite infraction. Partant, dans le procès civil ultérieur, il ne peut être remis en question l'existence de l'infraction, une fois qu'elle a été déclarée par une autorité de concurrence par une décision devenue définitive, que ce soit pour ne pas avoir fait l'objet d'un recours juridictionnel ou pour avoir été confirmée dans le cadre d'un contentieux administratif.

En définitive, étant donné que les décisions de la Commission, conformément à l'article 15, paragraphe 1, du règlement, ne lient pas [Or. 21] la juridiction nationale, la Cour de justice des Communautés européennes est seule habilitée à fournir une interprétation contraignante des règles de concurrence communautaires en réponse à une question préjudicielle.

[OMISSIS] [Références au régime des demandes de décision préjudicielle]

DISPOSITIF

Eu égard aux considérations exposées ci-dessus,

[OMISSIS] la Cour de justice de l'union européenne est saisie des questions suivantes, à titre préjudiciel :

- 1) Peut-on considérer, à la lumière du règlement n° 1/2003, que les faits examinés et déclarés prouvés dans une décision rendue par une autorité de concurrence nationale d'un État membre de l'Union – lorsque ladite autorité agit en application des articles 101 TFUE et 102 TFUE dans le cadre des fonctions qui lui sont attribuées en vertu dudit règlement, de la Communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions des États membres de l'Union européenne, ainsi que de la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/ C101/ 03) du 27 avril 2004 –, décision confirmée ultérieurement par la juridiction nationale supérieure et devenue définitive, ont une force probante de preuve irréfragable et produisent un effet contraignant ou préjudiciel à l'égard des jugements rendus par d'autres juridictions dans des affaires postérieures ayant trait aux mêmes faits ?
[Or. 22]

- 2) Dans le cas où l'autorité de concurrence nationale se prononce sur l'existence d'une infraction concernant un ensemble d'accords, faut-il supposer, à moins que l'auteur de l'infraction ne prouve le contraire, que tous les accords qui composent cet ensemble sont affectés par le contenu de la décision en cause, ou, en d'autres termes, les décisions rendues sur des ensembles d'accords entraînent-elles un renversement de la charge de la preuve ?

[OMISSIS][Formalités procédurales]

DOCUMENT DE TRAVAIL