

Affaire C-462/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

13 juin 2019

Juridiction de renvoi :

Comisión Nacional de Los Mercados y la Competencia (España)

Date de la décision de renvoi :

12 juin 2019

Partie intéressée en sa qualité de personne concernée :

Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias
(ASOPORT)

Partie défenderesse :

[omissis]

[Identification de l'affaire et composition de la juridiction]

Madrid, le 12 juin 2019 [Or. 2]

[omissis]

[Introduction et table des matières] [Or. 3]

I. LA QUALITÉ DE LA CNMC POUR SAISIR LA COUR

L'article 267 TFUE dispose que la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités, de sorte que, lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

La chambre de la concurrence de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Commission nationale des marchés et de la concurrence, CNMC) doit rendre sa décision dans l'affaire S/DC/0619/17, ACUERDO MARCO DE LA

ESTIBA (accord-cadre relatif à l'arrimage) et, à cette fin, il est nécessaire que la Cour statue.

1. Le respect de conditions par la CNMC

- 1 Dès lors que la disposition précitée prévoit que ce sont les juridictions qui sont habilitées à poser des questions préjudicielles, il convient, en premier lieu, d'analyser la nature de « juridiction » de la CNMC afin de démontrer sa qualité pour effectuer le présent renvoi préjudiciel.

Selon une jurisprudence constante, afin d'apprécier la qualité de « juridiction » de l'organe de renvoi, question qui relève uniquement du droit de l'Union, la Cour tient compte **d'un ensemble** d'éléments, tels que l'origine légale de cet organe, **sa permanence**, le caractère **obligatoire de sa juridiction**, la nature **contradictoire** de la procédure, l'application, par ledit organe, des **règles de droit** ainsi que son **indépendance**.

- 2 La CNMC est régie par la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (loi 3/2013, du 4 juin 2013, portant création de la Commission nationale des marchés et de la concurrence). La simple existence de cette règle régissant son fonctionnement atteste que la condition relative à **l'origine légale** de cet organe est remplie. Cette même caractéristique prouve la **permanence** de la CNMC, qui est également indubitable.
- 3 S'agissant du caractère **obligatoire** de sa juridiction, le point de départ est que, en vertu du droit espagnol, la CNMC est considérée comme un organisme de droit public, ainsi qu'il ressort de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la loi 3/2013, précitée.

Dans sa jurisprudence, la Cour a déjà constaté que « ce fait [le caractère administratif] ne serait pas, en soi, déterminant aux fins de cette appréciation » [voir arrêt du 6 octobre 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, point 17, demande de décision préjudicielle introduite par le Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (tribunal catalan des marchés du secteur public, Espagne)]. **[Or. 4]**

La Cour s'est prononcée dans le même sens dans son arrêt du 20 septembre 2018, Montte (C-546/16, EU:C:2018:752), ayant pour objet une demande de décision préjudicielle introduite par l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organe administratif de la Communauté autonome du Pays basque compétent en matière de recours dans le domaine des marchés publics, Espagne). Aux points 23 et 24 de cet arrêt, la Cour constate que, bien qu'il soit vrai que la compétence de cet organe ne revêt qu'un caractère facultatif, en ce que l'administré a le choix entre le recours devant l'organe administratif et le recours contentieux administratif, « [i]l ressort néanmoins de la décision de renvoi que les décisions de l'organe de renvoi, **dont la compétence ne dépend pas de l'accord des parties, sont contraignantes pour ces dernières**. Dans ces conditions, cet organe satisfait également au critère relatif au caractère

obligatoire de sa juridiction (voir, en ce sens, l'arrêt du 6 octobre 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, points 23 à 25) ».

Ces mêmes caractéristiques valent dans le cas de la CNMC à laquelle la loi 3/2013 [(article 5, sous f)] attribue la compétence pour l'application des articles 101 et 102 TFUE sans que sa juridiction ne dépende de l'accord des parties et dont les décisions sont exécutoires et contraignantes pour celles-ci.

4 Le caractère **contradictoire** de la procédure est une autre caractéristique à prendre en considération.

La Ley [15/2007, de 3 de julio,] de Defensa de la Competencia (loi 15/2007, du 3 juillet 2007, relative à la protection de la concurrence, ci-après la « LDC ») (chapitre II du titre IV) et le Reglamento de Defensa de la Competencia (règlement relatif à la protection de la concurrence), approuvé par le Real Decreto (décret royal) n° 261/2008, du 22 février 1992 (chapitre II du titre II), ainsi que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (loi 39/2015, du 1^{er} octobre 2015, relative à la procédure administrative commune des administrations publiques, ci-après la « loi 39/2015 ») (applicable à titre supplétif à la CNMC, comme le prévoit l'article 2, paragraphe 2, de la loi 3/2013), assurent le caractère contradictoire de la procédure de sanction devant la CNMC.

Les décisions du conseil de la CNMC relatives à l'application des articles 101 et 102 TFUE s'inscrivent dans le cadre d'une procédure comprenant plusieurs audiences, au cours desquelles les parties intéressées peuvent formuler des observations et produire des éléments de preuve concernant les actes successifs pris par chacun des organes compétents portant sur les faits, leur qualification juridique et l'éventuelle responsabilité desdites parties dans ces faits (voir arrêt du 21 mars 2000, *Gabalfrija e.a.*, C-110/98 à C-147/98, EU:C:2000:145).

Conformément aux dispositions générales de la législation espagnole, le déroulement des procédures de sanction est régi par le principe de séparation fonctionnelle, lequel exige [Or. 5] que la procédure soit articulée en deux étapes, celle d'instruction et celle de décision, confiées à des organes séparés (la direction de la concurrence et le conseil) qui font tous deux partie de la CNMC et sans la moindre ingérence externe ¹.

Au sein de la CNMC, cette séparation fonctionnelle se concrétise dans l'article 25, paragraphe 2, et l'article 29, paragraphe 2, de la loi 3/2013 ainsi que dans les articles 20, 29, 33 et 35 de la LDC.

Sur ce fondement, il appartient à la direction d'enquête (l'actuelle direction de la concurrence) d'enquêter, d'engager et d'instruire ces procédures. À l'issue de

¹ Article 63, paragraphe 1, de la loi 39/2015.

l’instruction des procédures, la direction de la concurrence soumet au conseil une proposition de décision.

Le conseil adopte une décision par laquelle, conformément à l’article 53 de la LDC, elle applique la LDC ainsi que les articles 101 et 102 TFUE lorsque le commerce au sein de l’Union européenne est affecté. La décision finale du conseil traduit la mise en balance entre la proposition de l’organe d’instruction et les allégations finales présentées par les parties, avec l’organisation éventuelle d’une audience au cours de laquelle chacune des parties peut prendre position sur les faits, leur qualification juridique et la responsabilité des parties concernées dans ces faits.

La décision du conseil est immédiatement exécutoire². Elle n’est pas susceptible de recours administratif³. Toutefois, un recours contentieux administratif peut être introduit devant la chambre du contentieux administratif de l’Audiencia Nacional (Cour centrale, Espagne), qui connaît de l’affaire conformément à la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (loi n° 29/1998, du 13 juillet 1998, relative au contentieux administratif, ci-après la « **LJCA** »), et l’arrêt de l’Audiencia Nacional (Cour centrale) est attaquant devant le Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne).

- 5 La caractéristique suivante mentionnée dans la jurisprudence de la Cour est l’application de **règles de droit** par l’organe qui peut poser des questions préjudicielles.

La CNMC satisfait à cette condition, comme il ressort clairement de l’article 2 de la loi 3/2013.

- 6 La dernière caractéristique visée dans la jurisprudence précitée est celle relative à **l’indépendance** de l’organe auteur de la saisine. [**Or. 6**]

L’article 2, paragraphe 1, de la loi 3/2013 dispose que la CNMC « jouit, dans l’exercice de ses activités et pour l’accomplissement de ses objectifs, d’une autonomie organique et fonctionnelle et d’une totale indépendance à l’égard du gouvernement, des administrations publiques et des acteurs du marché ». Par ailleurs, l’article 3, relatif à l’indépendance fonctionnelle et à la relation avec les entités publiques et privées, dispose :

« 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Commission nationale des marchés et de la concurrence) agit, dans l’exercice de ses activités et pour l’accomplissement de ses objectifs, indépendamment de tout intérêt d’entreprise ou commercial.

² Articles 38 et 39 de la loi 39/2015.

³ Article 36, paragraphe 2, de la [loi 3/2013].

2. Dans l'accomplissement des missions qui leur sont confiées par la législation, et sans préjudice de la collaboration avec d'autres organes et des pouvoirs de direction de la politique générale du gouvernement exercées au moyen de ses compétences de réglementation, ni le personnel ni les membres des organes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Commission nationale des marchés et de la concurrence) ne peuvent demander ou accepter des instructions de la part d'une quelconque entité publique ou privée ».

Il apparaît donc clairement que la CNMC satisfait aux exigences posées dans la jurisprudence de la Cour à cet égard.

La CNMC a la **qualité de tiers** par rapport à l'autorité administrative susceptible d'être soumise à son contrôle (arrêts du 30 mars 1993, Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, point 15 ; du 19 septembre 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, point 49 ; ou du 6 octobre 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, point 19) ; exerce ses fonctions en toute autonomie, sans être soumis à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit (arrêt du 17 juillet 2014, Torresi, C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, point 22). À cette fin, elle est protégée contre les interventions ou les pressions extérieures susceptibles de mettre en péril l'indépendance de jugement de ses membres (arrêts du 19 septembre 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, point 51, et du 9 octobre 2014, TDC, C-222/13, EU:C:2014:2265, point 30). En outre, les décisions du conseil de la CNMC sont immédiatement exécutoires et ne sont soumises à aucun contrôle, aucune tutelle ou validation ni aucun mécanisme de contestation devant une instance administrative ou gouvernementale ⁴.

- 7 Par ailleurs, la CNMC s'acquiesce de ses tâches **dans le plein respect de l'objectivité et de l'impartialité** par rapport aux parties au litige et à leurs intérêts respectifs au regard de l'objet de celui-ci. En outre, ses membres sont inamovibles et ne peuvent être destitués que pour **[Or. 7]** les causes qui sont expressément énumérées à l'article 23 de la loi 3/2013 (arrêts du 19 septembre 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, points 52 et 53, et du 9 octobre 2014, TDC, C-222/13, EU:C:2014:2265, points 31 et 32).

2. Précédents pertinents

- 8 Il existe déjà un précédent dans lequel la Cour a déclaré recevable une demande de décision préjudicielle présentée par l'autorité de concurrence espagnole à

⁴ Conformément à l'article 36, paragraphe 2, de la [loi 3/2013], « [l]es actes et décisions du président, de la chambre plénière et des chambres du conseil de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Commission nationale des marchés et de la concurrence) adoptés dans l'exercice de leurs missions publiques mettent fin à la procédure administrative et ne sont susceptibles d'aucun recours gracieux, mais sont attaquables uniquement devant les juridictions administratives ».

laquelle la CNMC a succédé, l'ancien Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal de la concurrence, Espagne, ci-après le « TDC ») (arrêt du 16 juillet 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a., C-67/91, EU:C:1992:330). Dans cette affaire, la Cour a répondu aux questions préjudicielles sans analyser la compétence de l'organisme pour présenter la demande de décision préjudicielle.

L'avocat général Jacobs s'est toutefois livré à cette analyse dans ses conclusions et a conclu qu'il n'avait aucun doute quant au fait que le TDC devait être considéré comme une juridiction au sens de l'article 177 [TCEE], dès lors qu'il possédait une compétence exclusive dans certains domaines et que le droit espagnol prévoyait qu'il exerçait ses fonctions en toute indépendance et que ses membres étaient inamovibles (conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Asociación Española de Banca Privada e.a., C-67/91, non publiées, EU:C:1992:256).

Il convient de relever que la CNMC, organe qui a succédé au TDC, jouit d'un degré d'indépendance encore plus important que son prédécesseur, puisque l'organe d'instruction dépendait alors du ministère concerné, alors que tant la direction de la concurrence que le conseil de la CNMC sont actuellement indépendants de tout organe de l'administration. Il peut donc être conclu que, si le TDC a été considéré comme indépendant, cette appréciation vaut, à plus forte raison, pour la CNMC, qui remplit tous les critères requis pour être considérée comme une juridiction.

- 9 Il est à noter que, à la suite de l'arrêt précité, la Cour a rendu un autre arrêt (arrêt du 31 mai 2005, Syfait e.a., C-53/03, EU:C:2005:333), au sujet duquel il convient de formuler les considérations suivantes.

Bien que la Cour se soit déclarée incompétente pour répondre aux questions posées par l'Epitropi Antagonismou (commission hellénique de la concurrence), elle l'a fait à la lumière « des éléments examinés, **appréciés globalement** » (point 37) et non pour une seule raison. Il y a donc lieu d'analyser tous les éléments examinés par la Cour concernant les caractéristiques de la commission hellénique de la concurrence lorsqu'elle a rendu son arrêt. **[Or. 8]**

En premier lieu, la Cour relève que la commission hellénique de la concurrence est **soumise à la tutelle du ministre du Développement** et qu'une telle tutelle implique que ce ministre **est habilité, dans certaines limites, à contrôler la légalité** des décisions de l'Epitropi Antagonismou (point 30).

En deuxième lieu, la Cour souligne que **la révocation ou l'annulation de la nomination** des membres de la commission hellénique de la concurrence **ne semble pas être soumise à des garanties particulières** pouvant faire obstacle efficacement aux interventions ou pressions indues du pouvoir exécutif à l'égard des membres de cet organisme.

Quant à l'argument de la Cour relatif au droit d'évocation dont dispose la Commission européenne en matière de concurrence, nous rappellerons qu'un tel

droit **n'existe que lorsque les règles de concurrence de l'Union sont appliquées**. Par ailleurs, selon la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (JO 2004, C 101, p. 43), la Commission est particulièrement bien placée si un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris les réseaux d'accords ou pratiques similaires, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres (marchés transfrontaliers couvrant plus de trois États membres ou plusieurs marchés nationaux) (point 14), si bien que, dans l'immense majorité des cas dans lesquels la CNMC intervient, elle est l'autorité la mieux placée pour l'analyser.

À cet égard, il convient de rappeler que ce droit d'évocation existait déjà en vertu du règlement n° 17[du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (JO 1962, 13, p. 204)], en vigueur lorsque la Cour a déclaré recevables les questions préjudicielles déférées par l'ancien TDC, susmentionné.

- 10** En **conclusion**, cet arrêt dans son ensemble n'est pas applicable à la CNMC pour toutes les considérations exposées ci-dessus concernant le contrôle de la légalité de ses décisions uniquement devant les juridictions administratives, les garanties spéciales entourant la nomination des membres de son conseil et la séparation entre l'instruction et la résolution des procédures.

À l'issue de l'analyse de tous ces éléments, appréciés globalement, nous concluons que la CNMC doit être considérée comme une « juridiction d'un État membre » au sens de l'article 267 TFUE. **[Or. 9]**

II. LES DISPOSITIONS NATIONALES SUSCEPTIBLES DE S'APPLIQUER EN L'ESPÈCE ET, LE CAS ÉCHÉANT, LA JURISPRUDENCE NATIONALE PERTINENTE

- 11** Des années durant, le propre du régime de l'arrimage en Espagne était qu'il réservait cette activité exclusivement aux dockers rattachés aux sociétés de gestion, qui prennent différentes formes (SEED [Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba, société publique d'arrimage et de désarrimage], APIE [Agrupación Portuaria de Interés Económico, groupement portuaire d'intérêt économique] ou SAGEP [Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios, société anonyme de gestion des dockers]). L'article 9 du Real Decreto Legislativo 2/1986 (décret-loi royal 2/1986) disposait que « *seuls les travailleurs qui, par leur rattachement à une société nationale, ont attesté de leur compétence professionnelle peuvent prendre part aux travaux portuaires* ».

Le cœur de ce régime était de réserver [l'exercice de] l'activité [en vertu des articles 150 et 151, désormais abrogés, du Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (texte codifié de la loi relative aux ports d'État et à la marine marchande, ci-après la « loi sur les ports d'État »), approuvé par le Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (décret-loi royal 2/2011, du 5 septembre 2011)], aux travailleurs rattachés à des sociétés de gestion ayant un

régime commun et un régime spécial approuvé au moyen des conventions collectives, qui étaient recrutés théoriquement en priorité et, de facto, en exclusivité.

En outre, ce régime (visé à l'article 143, paragraphe 1, de la loi sur les ports d'État) impliquait nécessairement l'intermédiation de ces sociétés de gestion, dont les entreprises de manutention devaient être actionnaires ⁵.

12 Ce système est resté en vigueur jusqu'à l'exécution de l'arrêt de la Cour du 11 décembre 2014 ⁶.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé contraire à la liberté d'établissement reconnue par l'article 49 TFUE le régime de la gestion des travailleurs pour les services de manutention de marchandises en Espagne ⁷. En particulier, dans le dispositif,

⁵ La Ley 48/2003[, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (loi 48/2003 du 26 novembre 2003, relative au régime économique et de prestation de services dans les ports d'intérêt général)] renvoyait aux dispositions du Real Decreto-ley 2/1986 (décret-loi royal 2/1986) en ce qui concernait le « régime en matière de travail applicable au personnel qui effectue les activités constituant le service de chargement, d'arrimage, de désarrimage, de déchargement et de transbordement de marchandises ».

La Ley 33/2010 (loi 33/2010), sans modifier ce régime, a précisé le régime en matière de travail applicable aux travailleurs affectés au service de manutention de marchandises.

L'article 149 de la loi sur les ports d'État prévoyait deux régimes en matière de travail pour l'exercice des activités et tâches du service portuaire de manutention de marchandises : un régime de droit commun et un régime spécial.

⁶ Arrêt du 11 décembre 2014, Commission/Espagne (C-576/13, non publié, EU:C:2014:2430), rendu dans le cadre d'un recours en manquement intenté par la Commission contre le royaume d'Espagne (procédure d'infraction 2009/4052).

⁷ Aux termes de cet arrêt, « [l]a Commission relève que les entreprises établies dans d'autres États membres qui souhaitent fournir des services portuaires de manutention de marchandises dans un port espagnol d'intérêt général devront mobiliser les ressources financières suffisantes pour participer à la SAGEP correspondante et, en tout état de cause, recruter des travailleurs de cette société, dont un nombre minimal d'entre eux doit obligatoirement être engagé de manière permanente, dans des conditions qui échappent à leur contrôle, notamment en ce qui concerne le prix qu'elles sont tenues de payer à la SAGEP pour faire appel à ses travailleurs » (point 29).

En conclusion, selon la Commission, « de telles obligations conduisent nécessairement à des changements quant au personnel, aux structures d'emploi et aux politiques de recrutement des entreprises de manutention de marchandises étrangères. En effet, le régime portuaire espagnol empêche les entreprises de manutention de marchandises de choisir librement leur personnel et de le garder puisqu'il leur impose, en outre, le recrutement de personnel dont elles n'ont pas nécessairement besoin » (point 30).

Devant les arguments du royaume d'Espagne, la Cour constate qu'« il importe de relever qu'il existe des mesures moins restrictives que celles mises en œuvre par le Royaume d'Espagne, tout en étant de nature à assurer un résultat similaire et à garantir tant la continuité, la régularité et la qualité du service de manutention des marchandises que la protection des travailleurs. Ainsi, par exemple, il serait possible, comme le suggère la Commission, de prévoir que ce sont les entreprises de manutention de marchandises qui, étant en mesure d'embaucher librement des travailleurs permanents ou temporaires, gèrent les bureaux de placement devant leur fournir la main-d'œuvre et organisent la formation de ces travailleurs, ou encore de créer une réserve de

[Or. 10] la Cour constate le manquement du Royaume d'Espagne « *aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 TFUE* » « *[e]n obligeant les entreprises d'autres États membres souhaitant exercer l'activité de manutention de marchandises dans les ports espagnols d'intérêt général, d'une part, à s'inscrire auprès de la société anonyme de gestion des dockers ("Sociedad Anónima de Gestion de Estibadores Portuarios") ainsi que, le cas échéant, à participer à son capital et, d'autre part, à recruter en priorité des travailleurs mis à disposition par cette société, dont un nombre minimal de ceux-ci engagé de manière permanente* » (soulignement ajouté).

Afin d'exécuter cet arrêt, le Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (décret-loi royal 8/2017, du 12 mai 2017) a été adopté⁸. Celui-ci prévoyait le libre recrutement de travailleurs portuaires aux fins de la fourniture du service de manutention des marchandises, à deux égards :

- d'une part, il établit le principe de **liberté totale dans le recrutement des travailleurs** pour la fourniture du service de manutention de marchandises, « *dans le respect des exigences garantissant le professionnalisme des travailleurs portuaires* » (article 2, paragraphe 1). Il vise ainsi à mettre fin à la réserve d'activité en faveur des travailleurs rattachés à la SAGEP⁹.
- d'autre part, il élimine l'interdiction des entreprises de manutention de détenir des participations dans « *une entreprise dont l'objet social est la mise à disposition de travailleurs portuaires* » (article 2, paragraphe 2).

La première disposition transitoire du décret-loi royal 8/2017 prévoit une période transitoire de trois ans (jusqu'au 14 mai 2020) pour l'adaptation progressive des SAGEP au nouveau cadre juridique : **[Or. 11]**

- pendant les six premiers mois de ladite période transitoire (soit du 14 mai au 14 novembre 2017), les actionnaires de la SAGEP ont le choix d'y demeurer ou de la quitter individuellement¹⁰. Ceux choisissant de la quitter pouvaient le faire en vendant leurs actions aux autres actionnaires, qui pouvaient convenir d'une nouvelle répartition du capital social et accueillir de nouveaux actionnaires. Si aucun actionnaire ne décidait de conserver ses participations

travailleurs gérée par des entreprises privées, fonctionnant comme des agences de travail temporaire et mettant des travailleurs à la disposition des entreprises de manutention » (point 55).

⁸ Publié au [Boletín Oficial del Estado (Journal officiel espagnol, BOE)] n° 114 du 13 mai 2017.

⁹ Ces conditions de qualification figurent à l'article 3 du même décret-loi royal.

¹⁰ Conformément à la cinquième disposition finale du décret-loi royal, celui-ci est entré en vigueur le lendemain de sa publication au BOE, qui a eu lieu le 13 mai 2017.

dans la SAGEP, celle-ci était dissoute (en vertu du paragraphe 3 de la première disposition transitoire)¹¹ ;

- de manière générale, tout au long de la période transitoire, les SAGEP existantes peut choisir de disparaître ou de poursuivre leurs activités (paragraphe 1, premier alinéa, de la première disposition transitoire) ;
- à l’issue de cette période transitoire, les SAGEP subsistantes ont le choix de disparaître ou de poursuivre leurs activités en tant que *Centro Portuario de Empleo* (centre portuaire d’emploi, CPE) ou qu’*empresa de trabajo temporal* (entreprise de travail intérimaire, ETT) en obtenant l’autorisation requise à l’article 2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, [por la que se regulan] las empresas de trabajo temporal (loi 14/1994, du 1^{er} juin 1994, relative aux entreprises de travail intérimaire), qui leur devient alors pleinement applicable (paragraphe 1, troisième alinéa, de la première disposition transitoire).

Les SAGEP seraient alors soumises aux règles du libre marché, dès lors que la première disposition transitoire [du décret-loi royal 8/2017] dispose que « [l]es SAGEP qui subsistent après la période transitoire sont en libre concurrence, le cas échéant, avec les centres portuaires d’emploi et les autres entreprises de travail intérimaire » (paragraphe 1, quatrième alinéa, de la première disposition transitoire)¹².

- Dans le but déclaré « d’égaliser la position concurrentielle entre les actionnaires de la SAGEP et celle des nouveaux prestataires de service », le paragraphe 4 de la première disposition transitoire prévoit que, en cas de cessation des contrats de travail des travailleurs des SAGEP en vigueur avant l’arrêt de la Cour du 11 décembre 2014, pour l’une des raisons visées aux articles 51 [Or. 12] et 52 de l’Estatuto de los Trabajadores (code du travail), l’autorité portuaire concernée supporte obligatoirement l’intégralité des indemnités dues à ce titre pour la période concernée jusqu’à la cessation des contrats ou la fin de la période transitoire, si elle est antérieure¹³.

¹¹ Aux termes du paragraphe 3 de la première disposition transitoire du décret-loi royal 8/2017, « [...] Les actionnaires souhaitant quitter la SAGEP peuvent le faire avant la fin de cette période, en procédant à la vente de leurs actions à ceux qui souhaitent demeurer actionnaires, au prorata des participations de chacun d’eux, et ces derniers doivent acquérir ces actions pour leur valeur nette comptable. Si la vente ne peut pas être réalisée en tout ou partie, dans un délai de six mois à compter de la notification du départ, les actions concernées sont dépréciées à charge de la SAGEP, avec la réduction du capital correspondante ».

¹² Comme alternative aux SAGEP converties ou aux ETT, l’article 4 du décret-loi royal 8/2017 prévoit la création facultative de centres portuaire d’emploi (CPE), soumis à la réglementation relative aux ETT et dont l’objet est « l’emploi des travailleurs portuaires dans le service portuaire de manutention de marchandises ainsi que leur cession temporaire à des entreprises titulaires d’une licence [...] ».

¹³ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (décret-loi royal 2/2015, du 23 octobre 2015, approuvant le

- Enfin, la deuxième disposition transitoire prévoit que, pendant la période transitoire, toutes les entreprises de manutention de marchandises, qu'elles appartiennent ou non à la SAGEP, doivent recourir à des travailleurs rattachés à celle-ci pour un pourcentage minimal de leurs activités d'arrimage sur une base pluriannuelle, à concurrence de 75 % la première année, de 50 % la deuxième année et de 25 % la troisième année.

- 13** La première disposition additionnelle du décret-loi royal 8/2017 prévoit que les règles conventionnelles en vigueur doivent être adaptées à ce nouveau régime dans un délai d'un an, les dispositions des conventions collectives qui méconnaissent cette obligation, **restreignent la liberté de recrutement dans le domaine du service portuaire de manutention de marchandises ou des services commerciaux ou limitent la concurrence étant nulles de plein droit** ¹⁴.

Depuis le 29 juillet 2013, le quatrième accord pour la réglementation des relations de travail dans le secteur portuaire (ci-après le « quatrième accord-cadre ») conclu entre l'[Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (association nationale d'entreprises de manutention et d'agents maritimes, ANESCO)], représentant les entreprises du secteur, et les syndicats CETM, UGT, CC.OO. et CIG, représentant le groupe de travailleurs concerné, est applicable ¹⁵.

[omissis] ¹⁶

[Historique de l'accord-cadre]

À la suite de l'entrée en vigueur du décret-loi royal 8/2017, le quatrième accord-cadre a fait l'objet d'une modification qui est celle en cause dans l'affaire qui donne lieu au présent renvoi préjudiciel et dont le contenu est exposé au point suivant. **[Or. 13]**

- 14** Avant la clôture de la procédure de sanction devant la CNMC qui donne lieu au présent renvoi, le Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo (décret-loi royal

texte consolidé de la loi portant code du travail). En particulier, l'article 51 vise les cas de licenciement collectif et l'article 52 vise le licenciement pour raisons objectives.

¹⁴ Cette disposition a par la suite été modifiée par la quarante-troisième disposition finale de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado de 2018 (loi 6/2018, du 3 juillet 2018, portant lois de finances de l'État pour 2018). Cette dernière disposition a, elle-même, été abrogée par le Real Decreto-ley 9/2019 (décret-loi royal 9/2019).

¹⁵ Publié au BOE n° 26, du 30 janvier 2014, par décision du 17 janvier 2014 de la Dirección General de Empleo (direction générale de l'emploi du ministère de l'Emploi et de la Sécurité sociale).

¹⁶ [omissis]

9/2019, du 29 mars 2019) est entré en vigueur ¹⁷. Aux termes de son exposé des motifs :

« Il est donc essentiel et urgent de compléter la réglementation établie par le décret-loi royal 8/2017, du 12 mai 2017, conformément aux principes qui l'ont inspiré, c'est-à-dire dans l'objectif de conjuguer les principes de la liberté de recrutement avec les droits des travailleurs, de sorte que la transition ordonnée vers le nouveau cadre dans lequel l'application des principes du droit de l'Union européenne ayant inspiré la liberté de concurrence soit effectuée sans méconnaître les droits fondamentaux des travailleurs et, surtout, sans pertes d'emplois dans le secteur. »

En ce qui concerne la présente affaire, il convient de noter, en premier lieu, que ce décret-loi royal donne aux partenaires sociaux la **possibilité** d'instituer par des accords ou des conventions collectives une reprise obligatoire du personnel des SAGEP pour les cas où les entreprises souhaitent s'en retirer, devenir un [CPE] ou être dissolues.

Plus particulièrement, l'article 4 du décret-loi royal 9/2019 dispose :

« 1. Afin de garantir le [respect du] principe de la stabilité de l'emploi, les organisations syndicales et associations d'employeurs peuvent établir, par voie d'accord ou de convention collective, les mesures de reprise nécessaires au maintien de l'emploi des travailleurs qui, lors de l'entrée en vigueur du décret-loi royal 8/2017, du 12 mai 2017, fournissaient des services portuaires de manutention de marchandises et continuent de les fournir lors de l'entrée en vigueur du présent décret-loi royal, dans les cas prévus aux paragraphes suivants.

2. Lorsque les entreprises titulaires d'une licence de service portuaire de manutention de marchandises choisissent de cesser d'être actionnaires de la SAGEP, conformément à la première disposition transitoire du décret-loi royal 8/2017, du 12 mai 2017, et l'activité de cette dernière décroît, il y a lieu de mettre en œuvre le mécanisme de reprise lorsqu'il en est convenu ainsi conformément au paragraphe 1. Les organisations susvisées sont investies du même pouvoir de négociation lorsque les associés des SAGEP choisissent leur dissolution. Le mécanisme de reprise susceptible d'être convenu, le cas [Or. 14] échéant, doit être transparent, objectif et équitable,

¹⁷ Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, que modifica la ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario (décret-loi royal 9/2019, du 29 mars 2019, modifiant la loi 14/1994, du 1^{er} juin 1994, relative aux entreprises de travail intérimaire, afin de l'adapter à l'activité d'arrimage portuaire et achevant l'adaptation juridique du régime des travailleurs pour la fourniture du service portuaire) (publié au BOE du 30 mars 2019 et en vigueur le jour suivant, en vertu de sa quatrième disposition finale).

conformément aux principes et aux garanties établis à l'article 44 du code du travail ¹⁸. [Or. 15]

¹⁸ « Article 44. Succession d'entreprises.

1. Le transfert d'une entreprise, d'un centre de travail ou d'une unité de production autonome de cette entreprise ne met pas, par lui-même, fin à la relation d'emploi ; le nouvel employeur est subrogé dans les droits et obligations de l'employeur précédent au titre du contrat de travail et de la sécurité sociale, y compris les engagements liés aux pensions, dans les conditions prévues par la réglementation spécifique applicable, et, en général, toutes les obligations en matière de protection sociale complémentaire qu'aurait souscrites le cédant.

2. Aux fins du présent article, est considéré comme un transfert d'entreprise le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, essentielle ou accessoire.

3. Sans préjudice des dispositions de la législation relative à la sécurité sociale, en cas de transfert par acte entre vifs, le cédant et le cessionnaire sont solidairement responsables pendant trois ans des obligations nées du contrat de travail avant le transfert et qui n'ont pas été remplies.

Le cédant et le cessionnaire répondent aussi solidairement des obligations nées après le transfert lorsque la cession a été déclarée illégale.

4. Sauf convention contraire conclue par voie d'accord d'entreprise entre le cessionnaire et les représentants des travailleurs une fois la succession accomplie, les relations de travail des travailleurs concernés par la succession continueront à être régies par la convention collective en application au moment de la transmission dans l'entreprise, le centre de travail ou l'unité de production autonome concerné.

Cette application est maintenue jusqu'à la date d'expiration de la convention collective d'origine ou jusqu'à l'entrée en vigueur d'une autre convention collective nouvelle qui est applicable à l'entité économique transférée.

5. Lorsque l'entreprise, le centre de travail ou l'unité de production faisant l'objet du transfert conserve son autonomie, en soi, le transfert d'entreprise ne met pas fin au mandat des représentants légaux des travailleurs, qui continuent à exercer leurs fonctions dans les mêmes termes et conditions qu'auparavant.

6. Le cédant et le cessionnaire doivent informer les représentants légaux de leurs travailleurs respectifs concernés par le transfert des points suivants :

- a) date prévue du transfert ;
- b) motifs du transfert ;
- c) conséquences juridiques, économiques et sociales de la transmission pour les travailleurs ; et
- d) mesures prévues concernant les travailleurs.

7. S'ils n'ont pas de représentants légaux des travailleurs, le cédant et le cessionnaire doivent fournir les informations visées au paragraphe précédent aux travailleurs susceptibles d'être concernés par le transfert.

8. Le cédant est tenu de fournir les informations visées aux paragraphes précédents suffisamment longtemps avant la réalisation du transfert. Le cessionnaire est tenu de communiquer ces informations suffisamment longtemps à l'avance et, en tout état de cause,

3. Sans préjudice des paragraphes précédents, lorsque, conformément à la première disposition transitoire du décret-loi royal 8/2017, du 12 mai 2017, les SAGEP choisissent de se transformer en centres portuaires d'emploi, le nouveau centre portuaire est subrogé dans la position d'employeur des travailleurs des SAGEP une fois achevée la succession de l'activité relative à l'emploi de dockers pour leur mise à disposition temporaire, entre entreprises titulaires d'une licence de fourniture du service portuaire de manutention de marchandises ou d'une autorisation de services commerciaux portuaires, toujours dans le respect de l'article 44 du code du travail.

4. Les prérogatives conférées aux partenaires sociaux par le présent article peuvent être exercés exclusivement au cours de la période transitoire prévue dans le décret-loi royal 8/2017 du 12 mai 2017. »

- 15** Il convient en outre de rappeler que cet acte ayant le rang de loi étend le délai pour l'exercice du droit de retrait à l'ensemble de la période transitoire prévue à la première disposition transitoire du décret-loi royal 8/2017, c'est-à-dire jusqu'au 14 mai 2020 ¹⁹.

avant que les travailleurs soient affectés par le transfert dans leurs conditions d'emploi et de travail.

En cas de fusion et de scission de sociétés, le cédant et le cessionnaire doivent fournir les informations indiquées en tout état de cause au moment de la publication de la convocation des assemblées générales qui doivent adopter les accords respectifs.

9. Le cédant ou le cessionnaire qui prévoit d'adopter en raison du transfert des mesures en matière d'emploi concernant ses travailleurs est tenue d'ouvrir une période de consultations avec les représentants légaux des travailleurs sur les mesures prévues et leurs conséquences pour les travailleurs. Cette période de consultations doit se dérouler suffisamment longtemps avant que les mesures prennent effet. Pendant la période de consultations, les parties doivent négocier de bonne foi dans le but de parvenir à un accord. Lorsque les mesures prévues consistent en des transferts collectifs ou en des modifications substantielles des conditions de travail à caractère collectif, la procédure de la période de consultations prévue au paragraphe précédent sera adaptée aux dispositions des articles 40, paragraphe 2, et 41, paragraphe 4, de la présente loi.

10. Les obligations d'information et de consultation prévue au présent article s'appliquent que la décision de transfert ait été adoptée par les entreprises cédante et cessionnaire ou par les entreprises qui exercent un contrôle sur celle-ci. Aucune justification du cédant ou du cessionnaire basée sur le fait que l'entreprise qui a pris la décision ne lui aurait pas fourni les informations nécessaires ne saurait être prise en considération à cet égard. »

¹⁹ Il y a lieu de rappeler que, selon cette disposition transitoire, le droit de retrait des actionnaires de la SAGEP ne pouvait être exercé que pendant les six premiers mois de la période transitoire de trois ans, c'est-à-dire jusqu'au 14 novembre 2017.

III. EXPOSÉ SUCCINCT DE L'OBJET DU LITIGE ET DES FAITS PERTINENTS

- 16 Le 3 novembre 2017, la direction de la concurrence de la CNMC a ouvert la procédure de sanction *S/DC/0619/17, ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA* (accord-cadre relatif à l'arrimage), engagée contre :
- l'ANESCO, qui représente l'ensemble des entreprises ;
 - les syndicats suivants : la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), qui réunit 78,70 % des représentants syndicaux des entreprises ayant conclu l'accord ; l'Unión General de Trabajadores (UGT), à concurrence de 7,87 % ; les Comisiones Obreras (CCOO) à concurrence de 4,17 % ; Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) à concurrence de 2,31 % ; la Confederación Intersindical Galega (CIG) à concurrence de 1,39 % ; et Eusko Langileen Alkartasuna (ELA) à concurrence de 0,93 %.
- 17 Les faits pour lesquels le dossier a été ouvert sont résumés ci-après. **[Or. 16]**

À la suite de l'entrée en vigueur du décret-loi royal 8/2017, une commission de négociation a été constituée en vue de conclure le « cinquième accord-cadre national pour la réglementation des relations de travail dans le secteur de l'arrimage portuaire » et de modifier partiellement le quatrième accord, en vigueur, jusqu'à la réalisation de l'objectif principal²⁰.

Afin « que les syndicats s'engagent à préserver la paix sociale pendant cette période », l'ANESCO et ses entreprises associées « s'engagent à garantir le maintien de l'intégralité des emplois des dockers employés par les SAGEP jusqu'au 30 septembre 2017 »²¹ :

Le 6 juillet 2017, la réunion au cours de laquelle la modification ponctuelle du quatrième accord-cadre nationale a été adoptée s'est tenue. Cette modification consistait dans l'ajout d'une septième disposition additionnelle, rédigée comme suit²² :

« Septième disposition additionnelle.

²⁰ Acte constitutif de la de la commission de négociation du cinquième accord-cadre national de la réunion du 1^{er} juin 2017, produit par l'ANESCO en réponse à une demande de renseignements présentée par la direction de la concurrence.

²¹ Compte-rendu de la réunion du 29 juin 2017 de la commission de négociation du cinquième accord-cadre national, produit par l'ANESCO en réponse à une demande de renseignements.

²² Compte-rendu de la réunion du 6 juillet 2017 de modification du quatrième accord dans le secteur de l'arrimage portuaire, produit par l'ANESCO et publié par décision de la direction générale de l'emploi du 7 juillet 2017, portant enregistrement et publication de cette modification comme convention collective (BOE n° 170 du 18 juillet 2017).

Les entreprises qui choisissent de quitter la SAGEP en vertu de la première disposition transitoire du décret-loi royal 8/2017 reprennent le personnel d'arrimage portuaire qui, à la date de l'entrée en vigueur dudit décret-loi, relevait des effectifs de la SAGEP, à concurrence de leur participation au capital de la société concernée. En conséquence, le personnel susvisé a le droit d'intégrer volontairement ces entreprises de manutention dans les mêmes conditions de travail individuelles et collectives qu'actuellement.

Cette situation est régie, mutatis mutandis, par l'article 44 du code du travail, relatif à la succession d'entreprises, et continue d'être régi par le quatrième accord pour la réglementation des relations de travail dans le secteur portuaire (BOE n° 26 du 30 janvier 2014), y compris la présente modification et les autres modifications convenues, ainsi que par les conventions collectives sectorielles portuaires en vigueur à la date de la conclusion de la présente disposition additionnelle ou de ses modifications ultérieures, jusqu'à son remplacement par le cinquième accord ou par les nouvelles conventions collectives sectorielles et d'entreprises liées ou autres conventions applicables. [Or. 17]

Si toutes les entreprises décident de quitter la SAGEP et qu'elle fait ainsi l'objet d'une liquidation, les travailleurs bénéficient également du droit à la reprise par les entreprises de manutention à concurrence de la participation de celles-ci au capital de la SAGEP.

Avant d'exécuter leurs décisions de retrait de la SAGEP, les entreprises doivent informer la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (commission paritaire sectorielle nationale), qui devient compétente pour établir un rapport obligatoire sur leurs effets et sur le système d'attribution des travailleurs à chaque entreprise partie à un accord au niveau national. Ladite commission est également compétente pour interpréter la présente disposition additionnelle et trancher les litiges relatifs à celle-ci.

La présente disposition additionnelle prend effet à compter de la date d'entrée en vigueur du décret-loi royal 8/2017. »

Les représentants des employeurs (l'ANESCO) ont voté en faveur de cet accord. Parmi les représentants syndicaux, CETM, UGT, CC. OO. et CIG (qui réunissent 96,601 % des représentants syndicaux) ont voté favorablement [omissis] [publication de l'accord] ²³

- 18** Par la suite, deux autres modifications ponctuelles ont été apportées, toutes deux en vue d'imposer la subrogation conventionnelle pour garantir le maintien de l'intégralité des emplois des salariés des SAGEP en cas de départ des actionnaires de celles-ci :

²³ [omissis]

- la modification de l'article 19 du quatrième accord-cadre, relatif à la commission paritaire sectorielle nationale, qui a investi cette commission de nouvelles compétences concernant la reprise du personnel d'arrimage, à savoir celles : 5) « d'interprétation des conditions de reprise du personnel stipulées dans la présente convention collective et de règlement et, le cas échéant, de médiation des différends nés dans le cadre des procédures de reprise du personnel et de détermination des excédents structurels, ainsi que la compétence de connaître, préalablement à la voie juridictionnelle, des différends, litiges et réclamations individuels et collectifs susceptibles de naître en raison l'application des procédures mises en place par la septième disposition additionnelle » ;
- la modification de la septième disposition additionnelle du quatrième accord-cadre, qui y a introduit un paragraphe 2 relatif aux conditions d'attribution des travailleurs repris par une entreprise décidant de quitter la SAGEP « afin que la [Or. 18] position concurrentielle de ces entreprises ne soit pas affaiblie après leur retrait »²⁴.

En vertu de cette modification, l'intégration volontaire (pour les dockers) dans l'entreprise de manutention quittant la SAGEP en vertu de la première disposition transitoire du décret-loi royal 8/2017 est régie par les principes suivants :

« [i)] la plus stricte neutralité au regard de la situation antérieure au retrait, en évitant notamment que la position concurrentielle des entreprises exerçant ce droit ne soit défavorisée après leur retrait.

[ii)] Le nombre de travailleurs devant être repris est déterminé en appliquant strictement la règle de proportionnalité en fonction du taux de participation de l'entreprise de manutention dans le capital social de la SAGEP.

[iii)] Une fois déterminé le nombre total de salariés repris, ils sont répartis par catégories et spécialités en fonction de celles employées par l'entreprise quittant la SAGEP au cours des douze mois précédant la notification du retrait, afin que la combinaison de travailleurs qui lui est attribuée à la suite du retrait soit adaptée aux besoins opérationnels de l'entreprise conformément à la donnée objective attestée au cours de la période susvisée.

[omissis] [confidentialité des informations relatives à la distribution]

[iv)] Pour assurer la neutralité de la mesure pour les entreprises qui, selon le cas, quittent la SAGEP ou y demeurent ainsi que les conditions de travail individuelles et collectives visées au paragraphe 1 ci-dessus, l'entreprise ayant opté pour le retrait, la SAGEP et les représentants légaux des travailleurs doivent tenir compte

²⁴ Décision de la direction générale de l'emploi du 7 mars 2018 portant enregistrement et publication de l'accord partiel de modification du quatrième accord-cadre (BOE n° 63, du 13 mars 2018), approuvé par la commission de négociation du quatrième accord-cadre avec le même soutien que l'accord de modification adopté le 20 décembre 2017.

du taux d'emploi du personnel repris et, à cet effet, peuvent convenir de la reprise des travailleurs à temps partiel entre celles-ci, à concurrence du taux d'emploi entre les entreprises au cours de la période de douze mois indiquée au paragraphe précédent.

[v)] Une fois déterminés le nombre de travailleurs par catégorie et, le cas échéant, leurs spécialités, la SAGEP rend publique l'offre de reprise du personnel de l'entreprise sortante. L'acceptation de l'offre est volontaire pour les travailleurs et, si le nombre de volontaires est supérieur [Or. 19] au nombre de poste à pourvoir dans chaque catégorie et spécialité, le personnel ayant successivement le plus d'ancienneté et le moins d'ancienneté au sein de la SAGEP est prioritaire.

[vi)] Les dispositions des points ii) à v) ci-dessus s'appliquent à condition que l'entreprise ayant opté pour le retrait, la SAGEP et les représentants légaux des travailleurs ne conviennent pas de critères différents ou complémentaires, qui devraient nécessairement respecter le point i) ci-dessus. La décision ainsi prise doit faire l'objet d'un rapport préalable de la commission paritaire sectorielle nationale, conformément au paragraphe 1 ci-dessus. ».

- 19** Durant le délai de six mois fixé par le décret-loi royal 8/2017 pour demander de quitter la SAGEP, seule une entreprise de manutention a présenté une telle demande, en l'occurrence pour quitter la SAGEP de Puerto de Sagunto (ci-après la « SESASA »)²⁵. La société a notifié sa demande de retrait à la SESASA le 13 novembre 2017. Elle invoquait les motifs suivants : l'insuffisance du service fourni par la SESASA ; l'incompatibilité entre les spécialités de dockers requises pour le fonctionnement de la société et l'organisation de l'attribution des spécialités de la SESASA ; la violation des accords conclus en 2011 avec le comité d'entreprise ainsi que l'insécurité juridique et de l'emploi à l'avenir, compte tenu des différences de durée des concessions par rapport à d'autres partenaires de la SAGEP.

À partir du moment où la société a fait part de son intention de quitter la SESASA, tant elle que d'autres entreprises de son groupe ont fait l'objet d'une série d'actes qui ont gravement porté atteinte à leur activité et à leur compétitivité et que la direction de la concurrence considère comme potentiellement constitutifs de boycott (baisse du rendement des travailleurs employés par l'intermédiaire de la SESASA ; perte de clients, en raison de l'impossibilité d'offrir un service concurrentiel du fait de la baisse attestée du rendement des travailleurs cédés par la SESASA ainsi que d'autres comportements susceptibles d'être constitutifs de boycott).

Lors de l'ouverture de la procédure de retrait de la SAGEP et en application du quatrième accord-cadre tel que modifié, la procédure correspondante est engagée afin de donner effet à la subrogation conventionnelle et la commission paritaire

²⁵ [omissis]

sectorielle est convoquée. Celle-ci a indiqué que « *lors de ces réunions, il a été convenu que le nombre de travailleurs devant être repris était de 19 [Or. 20] [omissis] [catégories de travailleurs]. Étant donné que le nombre de volontaires dépassait celui des travailleurs devant être repris, il a été décidé de procéder à l'attribution de personnel conformément au critère prévu au point v) de la disposition additionnelle précitée, si bien qu'une liste nominative de dockers, approuvée par toutes les parties, a été établie* ».

Le nombre de travailleurs précis attribués à la requérante correspond à sa participation de 19,02 % au capital social de la SAGEP.

- 20** Les faits décrits ci-dessus sont qualifiés par la direction de la concurrence de comportement interdit par l'article 101 TFUE et par l'article [Or. 21] 1^{er} de la LDC.

En effet, la première disposition additionnelle du décret-loi royal 8/2017 permet aux entreprises actionnaires des SAGEP d'exercer leur droit de la quitter, dans un délai de six mois, de manière individuelle et volontaire, à la seule condition de vendre leurs actions aux actionnaires qui décident de demeurer dans la SAGEP. Toutefois, les opérateurs et les syndicats parviennent à un accord (publié sous la forme de convention collective) qui aurait imposé une série d'obligations supplémentaires aux entreprises, telles que la reprise obligatoire du personnel d'arrimage de la SAGEP, à concurrence des participations antérieurement détenues par la société qui opte pour le retrait et en fonction de des catégories de travailleurs imposées par une commission composée de représentants des entreprises actives sur le marché (concurrentes de la demanderesse) et des représentants des travailleurs.

Conformément à l'appréciation de la direction de la concurrence, de tels accords impliqueraient l'imposition de conditions commerciales entre opérateurs et, en outrepassant le domaine propre à la négociation collective, restreindraient l'exercice du droit de retrait et, partant, les conditions de libre concurrence que la réforme intervenue à la suite de l'arrêt de la Cour visait à garantir.

Le 12 novembre 2018, la direction de la concurrence a adopté une proposition de décision dans laquelle elle concluait que ce comportement constitue une mesure injustifiée, disproportionnée et discriminatoire, affectant la liberté de recrutement des travailleurs pour la prestation du service portuaire de manutention de marchandises et la liberté des entreprises titulaires de la licence pour la fourniture dudit service de participer ou non dans des sociétés dont l'objet social est la mise à disposition des travailleurs, ce qui constituerait une violation de l'article 1^{er} de la LDC et de l'article 101 TFUE, dont les entités susvisées seraient responsables.

Cette proposition de décision a été soumise au conseil de la CNMC le 5 décembre 2018.

- 21** Comme indiqué dans la partie relative au cadre juridique, le décret-loi royal 9/2019 habilite expressément les organisations syndicales et associations

d'employeurs à établir, au moyen d'un accord ou d'une convention collective, « les mesures de reprise nécessaires au maintien de l'emploi des travailleurs qui, lors de l'entrée en vigueur du décret-loi royal 8/2017, fournissaient des services portuaires de manutention de marchandises ». En d'autres termes, cette disposition fonderait en 2019 les reprises effectuées depuis l'entrée en vigueur du décret-loi royal 8/2017 jusqu'à la fin de la période transitoire.

Cette disposition aurait donc, de facto, un certain effet rétroactif dans la mesure où elle permettrait de valider des décisions relatives à la reprise adoptées avant l'entrée en vigueur du décret-loi royal 9/2019, portant ainsi atteinte à la reprise ordonnée par la commission paritaire susvisée et aux accords contenus dans la modification du quatrième accord-cadre qui a donné lieu à l'ouverture de la procédure de sanction à l'origine du présent renvoi préjudiciel, contrairement à ce que prévoyait le décret-loi royal 8/2017 qui, comme nous le rappelons, dispose que « les règles conventionnelles en vigueur doivent être adaptées à ce nouveau régime dans un délai d'un an, les dispositions des conventions collectives qui méconnaissent cette obligation, **restreignent la liberté de recrutement dans le domaine du service portuaire de manutention de marchandises ou des services commerciaux ou limitent la concurrence étant nulles de plein droit** ».

- 22 Il convient, enfin, de rappeler que l'article 4 de la LDC prévoit que, sans préjudice de l'application éventuelle des dispositions européennes en matière de protection de la concurrence, l'interdiction prévue à l'article 1^{er} de la LDC ne s'applique pas aux comportements résultant de l'application d'une loi.

IV. LES RAISONS QUI ONT CONDUIT L'ORGANE DE RENVOI À S'INTERROGER SUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 101 TFUE ET DE LA RELATION ENTRE CETTE DISPOSITION ET LA RÉGLEMENTATION NATIONALE APPLICABLE AU LITIGE AU PRINCIPAL

- 23 L'article 101 TFUE interdit, de même que l'article 1^{er} de la LDC, tout accord entre opérateurs économiques ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché européen. [Or. 22]

Dans sa jurisprudence, la Cour a maintes fois constaté que cette disposition s'applique aux opérateurs qui uniformisent les conditions de fourniture de services sur le marché et que la notion d'opérateur est une notion autonome du droit de l'Union. En ce sens, aux termes du point 37 de l'arrêt du 22 octobre 2015, EasyPay et Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716) :

« À cet égard, dans un premier temps, il y a lieu de souligner, d'une part, qu'est une entreprise, aux fins de l'application des dispositions du droit de l'Union en matière de concurrence, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. D'autre part, constitue une activité économique, toute activité

consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (voir arrêt Compass-Datenbank, C-138/11, EU:C:2012:449, point 35). »²⁶

La Cour a donc déjà précisé que rien ne s'oppose à l'application du droit de la concurrence à des entités regroupant les travailleurs (par exemple celles de nature syndicale), à condition que leur comportement outrepassé les questions qui leur sont propres et qu'il ait pour objet ou pour effet d'harmoniser des questions commerciales.

Dans l'arrêt du 21 septembre 1999, Albany (C-67/96, EU:C:1999:430, Demande de décision préjudicielle formée par le Kantongerecht te Arnhem, Pays-Bas, ci-après l'« arrêt Albany »), la Cour constate que les conventions collectives ne sont pas en soi exclues de l'application des règles de concurrence et impose aux autorités de concurrence d'effectuer un examen préalable de la nature et de l'objet de l'accord avant de conclure si l'article 101, paragraphe 1, TFUE, est applicable ou non.

Dans l'arrêt International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, relatif aux restrictions à la liberté d'établissement résultant de l'application d'une convention collective, la Cour considère que, si l'objectif de protection des travailleurs constitue un droit fondamental de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité, ces mesures doivent être aptes à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif²⁷. La Cour n'établit pas une exemption inconditionnelle en soi, de sorte [Or. 23] qu'il ne suffit pas que l'accord soit négocié entre les partenaires sociaux pour être exclu du champ d'application des règles du traité, mais il doit satisfaire à des exigences minimales²⁸.

Dès lors, lorsque l'accord ou la convention va au-delà de ces domaines (tels que les questions liées aux salaires, aux congés, au temps de travail, à l'organisation du travail), les autorités de concurrence doivent, conformément à l'arrêt Albany,

²⁶ Voir également arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, point 21) et du 17 février 1993, Poucet et Pistre (C-159/91 et C-160/91, EU:C:1993:63, point 17). Sur la notion d'activité économique et le fait qu'elle couvre toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, voir arrêts du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris/Commission (C-82/01 P, EU:C:2002:617, point 79), du 1^{er} juillet 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, point 22) et du 3 mars 2011, AG2R Prévoyance (C-437/09, EU:C:2011:112, point 42).

²⁷ Voir arrêt du 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union (C-438/05, EU:C:2007:772).

²⁸ Voir également arrêt du 18 décembre 2007, Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809). La jurisprudence précitée a évolué au fil d'une série d'affaires, en particulier dans les arrêts du 3 avril 2008, Ruffert (C-346/06, EU:C:2008:189), du 19 juin 2008, Commission/Luxembourg (C-319/06, EU:C:2008:350) et du 17 novembre 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760), qui portent essentiellement sur des questions de rémunération sans que cela n'affecte les considérations retenues.

en analyser la nature et l'objet avant de décider s'il ou elle relève ou non des règles de concurrence. Dans cette analyse, elles doivent porter une attention particulière non seulement aux matières dont traite la convention, mais également au point de savoir si elle impose des obligations à des tiers ou affecte d'autres marchés sans que l'objectif de la négociation collective ne le justifie.

La Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange (ci-après la « Cour AELE ») s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt du 19 avril 2016, *Holship Norge AS/Norsk Transportarbeiderforbund* (E-14/15), aux termes duquel :

« Certes, certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. Toutefois, les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si de tels accords étaient interdits en raison de leurs effets inhérents sur la concurrence.

Toutefois, exclure toutes les conventions collectives du champ d'application du droit de la concurrence irait trop loin. Cela créerait un environnement juridique dans lequel des conventions collectives contenant des dispositions restrictives de la concurrence pourraient être conclues, sans que ces restrictions ne soient soumises au moindre contrôle juridictionnel.

[...]

Il n'est pas suffisant que l'objectif global d'une convention collective soit reconnu comme étant celui d'améliorer les conditions de travail et d'emploi, dès lors que des dispositions individuelles peuvent poursuivre d'autres finalités » [traduction libre].

En ce sens, la Cour AELE conclut que les conditions doivent être analysées au cas par cas, mais que ni un droit de priorité de certains travailleurs par rapport à [Or. 24] d'autres ni l'établissement de mesures de boycott afin que la convention soit approuvée ne peut être considéré comme conforme au droit.

- 24 Le décret-loi royal 9/2019 fonderait, au motif déclaré de garantir le respect des droits des dockers qui étaient rattachés aux SAGEP, la conclusion de conventions collectives (entre opérateurs et représentants des travailleurs) prévoyant la reprise de travailleurs dans les conditions analysées ci-dessus (c'est-à-dire en imposant le nombre, les personnes ou les pourcentages concernés par la reprise, considérations étrangères aux besoins des entreprises compte tenu des besoins de celle qui est dissoute, voire en couvrant des questions telles que les différentes catégories professionnelles et avec l'intervention d'une commission de suivi au sein de laquelle les entreprises concurrentes jouent un rôle prépondérant dans les décisions prises).

En outre, une jurisprudence constante consacre le principe de primauté du droit de l'Union sur le droit national. La Cour s'est elle-même prononcée en ces termes dans l'arrêt CIF²⁹ :

« 51 À **cet égard**, il importe peu que, dans l'hypothèse où la législation nationale impose à des entreprises d'adopter des comportements anticoncurrentiels, une violation des articles 81 CE et 82 CE ne puisse être également reprochée à celles-ci (voir, en ce sens, arrêt *Commission et France/Ladbroke Racing*, précité, point 33). En effet, les obligations pesant sur les États membres au titre des articles 3, paragraphe 1, sous g), CE, 10 CE, 81 CE et 82 CE, qui sont distinctes de celles découlant pour les entreprises des articles 81 CE et 82 CE, n'en subsistent pas moins, de sorte que l'autorité nationale de la concurrence conserve l'obligation de laisser inappliquée la mesure nationale en cause.

52 S'agissant, en revanche, des sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des entreprises concernées, il convient d'opérer une double distinction, selon que la législation nationale exclut ou non la possibilité d'une concurrence qui serait encore susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises et, dans le premier cas, selon que les faits en cause sont antérieurs ou postérieurs à la déclaration de l'autorité nationale de la concurrence de laisser inappliquée ladite législation nationale. **[Or. 25]**

53 En premier lieu, si une loi nationale exclut la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises, il y a lieu de constater que, sous peine de violer le principe général de droit communautaire de la sécurité juridique, l'obligation pour les autorités nationales de la concurrence de laisser inappliquée une telle loi anticoncurrentielle ne saurait exposer les entreprises concernées à des sanctions, qu'elles soient de nature pénale ou administrative, pour un comportement passé, dès lors que ce comportement était imposé par ladite loi.

[...]

54 La décision de laisser inappliquée la loi concernée n'enlève rien, en effet, à la circonstance que celle-ci a conditionné le comportement des entreprises dans le passé. Cette loi continue donc de constituer, pour la période antérieure à la décision de la laisser inappliquée, une cause justificative soustrayant les entreprises concernées à toutes les conséquences de la

²⁹ Arrêt du 9 septembre 2003, CIF (C-198/01, EU:C:2003:430), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1B56BB5992EA17AD843DEFED73B5757?text=&docid=48552&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=336351>.

violation des articles 81 CE et 82 CE, et ce tant vis-à-vis des autorités publiques que d'autres opérateurs économiques.

55 S'agissant de la sanction de comportements futurs d'entreprises jusqu'alors contraintes par une loi nationale d'adopter des comportements anticoncurrentiels, il importe de relever que, dès l'instant où la décision de l'autorité nationale de la concurrence constatant la violation de l'article 81 CE et laissant inappliquée une telle loi anticoncurrentielle est devenue définitive à leur égard, cette décision s'impose aux entreprises concernées. À partir de ce moment, les entreprises ne peuvent plus prétendre être contraintes par ladite loi de violer les règles communautaires de la concurrence. Leur comportement futur est donc passible de sanctions.

[...]

*58 Au vu des considérations qui précèdent, il convient **dès lors** de répondre à la première question préjudicielle que, en présence de comportements d'entreprises contraires à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui sont imposés ou favorisés par une législation nationale qui en légitime ou en renforce les effets, plus particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix et la répartition du marché, une autorité nationale de la concurrence qui a reçu pour mission, notamment, de veiller au respect de l'article 81 CE :*

- a l'obligation de laisser inappliquée cette législation nationale ;*
- ne peut infliger de sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsque ceux-ci leur ont été imposés par cette législation nationale ;*
- peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour leurs comportements ultérieurs à la décision de laisser inappliquée cette législation nationale, une fois que cette décision est devenue définitive à leur égard ;*
- peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsqu'ils ont été simplement facilités ou encouragés par cette législation nationale, tout en tenant dûment compte des spécificités du cadre normatif dans lequel les entreprises ont agi. » [Or. 26]*

25 Si ce précédent revêt une pertinence extraordinaire pour la présente affaire, l'organe de céans estime qu'il n'y a pas lieu de faire une application directe de la jurisprudence issue de l'arrêt précité, dès lors que, comme nous l'avons vu les faits des deux affaires ne coïncident pas, dans la mesure où, dans l'affaire CIF, la réglementation nationale imposait des obligations aux entreprises, tandis que, en l'espèce, il est seulement permis aux opérateurs de parvenir à des accords couverts par les conventions collectives. En outre et surtout, dans l'affaire invocable comme précédent à une éventuelle non-application de la réglementation nationale

et à l'imposition de sanctions pour des comportements postérieurs à la décision de non-application de la réglementation nationale, les conventions collectives ne trouvent aucune justification.

- 26 Tout ce qui précède amène l'organe de céans à s'interroger, eu égard à la réglementation applicable en l'espèce, sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 101 TFUE pour savoir si le comportement en cause (de même que les comportements postérieurs ayant le même contenu et les mêmes effets) pourrait être considéré comme relevant de l'interdiction énoncée au paragraphe 1 de cet article ou comme étant exclu de celui-ci.
- 27 Par ailleurs, nous estimons que la jurisprudence établie par la Cour dans l'arrêt du 22 juin 1989, Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, points 28 à 33), confirmée par la suite dans les arrêts du 12 janvier 2010, Petersen (C-341/08, EU:C:2010:4, point 80) et du 14 septembre 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687, point 54), en vertu de laquelle les autorités nationales ont l'obligation d'assurer le plein effet des dispositions [du droit de l'Union] en laissant au besoin inappliquée, de leur propre autorité, toute disposition nationale contraire, sans demander ni attendre l'élimination préalable de cette disposition nationale par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel, peut être pertinente en l'espèce.

Dans ce contexte, afin de pouvoir statuer dans le cadre de la procédure de sanction au principal, eu égard à la proposition de la direction de la concurrence et aux arguments des parties, les questions préjudicielles suivantes sont déférées au vu de l'adoption du décret-loi royal 9/2019. **[Or. 27]**

V. LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

- L'article 101 TFUE doit-il être interprété en ce sens que les accords entre opérateurs et représentants des travailleurs sont interdits, même sous la dénomination de conventions collectives, lorsqu'ils prévoient la reprise des travailleurs rattachés à la SAGEP par les entreprises qui la quittent et les modalités de cette reprise ?
- Dans l'affirmative, l'article 101 TFUE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions de droit national telles que celles du Real Decreto-ley 9/2019 (décret-loi royal 9/2019), en ce qu'elles fondent les conventions collectives prévoyant une forme de reprise des travailleurs déterminée, qui va au-delà des questions en matière de travail et entraîne une harmonisation des conditions commerciales ?
- Si les dispositions susvisées sont considérées comme contraires au droit de l'Union, la jurisprudence de la Cour relative à la primauté du droit de l'Union et à ses conséquences, établie notamment dans les arrêts Simmenthal et Costanzo, doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle impose à un organisme de droit public tel que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

(commission nationale des marchés et de la concurrence, Espagne) de laisser inappliquées les dispositions du droit national contraires à l'article 101 TFUE ?

- En cas de réponse affirmative à la première question, convient-il d'interpréter l'article 101 TFUE, le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et l'obligation d'assurer l'effectivité des règles de l'Union en ce sens qu'ils exigent qu'une autorité administrative telle que la commission nationale des marchés et de la concurrence inflige des amendes et des astreintes aux entités ayant des comportements tels que ceux décrits ci-dessus ?

VI. SURSIS À STATUER

[omissis] **[Or. 28]**

[omissis] [questions procédurales relatives au sursis à statuer]

[omissis]

[formule finale et signature]