

Affaire C-25/21

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

15 janvier 2021

Jurisdiction de renvoi :

Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (Espagne)

Date de la décision de renvoi :

30 novembre 2020

Partie requérante :

ZA

AZ

BX

CV

DU

ET

Partie défenderesse :

Repsol Comercial de Productos Petrolíferos ,SA

[omissis]

[omissis] [identification des signataires]

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE MADRID (tribunal de commerce
nº 2 de Madrid, Espagne)

[omissis]

[omissis] [adresse]

[omissis] **Procédure ordinaire nº 282/2018**

[omissis]

[omissis] [objet de la procédure, parties et représentants]

ORDONNANCE

[omissis] [identification du juge]

[omissis] Madrid

[omissis] 30 novembre 2020

EN FAIT

La juridiction de renvoi a reçu l'ordonnance de la Cour rendue dans le cadre du même litige au principal [ordonnance C-716/19].

EN DROIT

[omissis]

[omissis] **[Or. 2]**

[omissis] [reproduction de l'article 94 du règlement de procédure de la Cour de justice, dont la juridiction de renvoi reproduit la structure ci-dessous]

a) EXPOSÉ SOMMAIRE DE L'OBJET DU LITIGE

– Le recours introduit par M^{me} AZ, M^{me} ZA, M^{me} BX, M. ET, M. CV et M^{me} DU (ci-après la « COMMUNAUTÉ DES HÉRITIERS DE KN ») contre REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S. A. (ci-après « REPSOL CPP ») a pour **objet** d'obtenir, sur le fondement de l'article 101, paragraphe 2, TFUE, la déclaration de nullité de plein droit de l'accord d'approvisionnement exclusif inclus dans plusieurs contrats au motif qu'il méconnaît l'article 101, paragraphe 1, TFUE, ainsi que l'indemnisation des dommages et préjudices causés.

La pratique illicite reprochée à REPSOL CPP consiste en la fixation, directe et indirecte, du prix de vente au public des combustibles et carburants, REPSOL CPP étant le fournisseur exclusif de la COMMUNAUTÉ DES HÉRITIERS DE KN.

Les contrats dont la nullité est demandée concernent une station-service [omissis] située le long de la route nationale N-VI [omissis], propriété de M^{me} AZ, M^{me} WR, M^{me} DU et M. CV et reçue en héritage. Ces contrats sont énumérés ci-dessous :

– contrat du 1^{er} juillet 1987 ;

- contrat du 1^{er} février 1996 ;
- contrat du 1^{er} août 1997 ;
- contrat de commission exclusive pour la commercialisation de combustibles et de carburants en station-service, du 22 février 2001 ;
- contrat de commission exclusive pour la commercialisation de combustibles et de carburants en station-service, du 22 février 2006 ;
- contrat de commission exclusive pour la commercialisation de combustibles et de carburants en station-service, du 17 juillet 2009.

Regroupés, ces contrats sont joints en tant qu'annexe n° 2 à la requête. [Or. 3]

– [omissis] [En] 1927 [omissis], l'Espagne a créé le [omissis] monopole pétrolier d'État en vue de l'importation, de la production, de la distribution et de la commercialisation, à toutes les étapes, des produits pétroliers [omissis]. Sa gestion a été confiée à la [Compañía Arrendataria de Monopolio de Petróleos, SA] (ci-après « CAMPSA ») [omissis].

Conformément au règlement relatif à l'approvisionnement et à la vente de carburants et de combustibles liquides, objet du monopole pétrolier, [omissis] de 1970, l'exploitation d'une station-service aux fins de l'approvisionnement et de la vente au public de carburants et de combustibles ne pouvait se faire que de deux manières : soit directement par CAMPSA soit par l'intermédiaire des concessionnaires possédant cette qualité (article 1^{er}).

CAMPSA octroyait de manière discrétionnaire la qualité de concessionnaire (article 19). Pour avoir cette qualité, l'intéressé devait être propriétaire des terrains sur lesquels la station-service devait être construite et celle-ci devrait être conforme au projet de construction approuvé lors de la concession (article 38).

En l'espèce, le requérant a construit la station-service et l'a exploitée en tant que concessionnaire.

La durée des concessions de stations-service était de 75 ans (article 65). Au terme de cette période, les installations proprement dites de la station-service ainsi que les terrains concernés par la concession revenaient à l'État (article 66).

En vue de l'entrée de l'Espagne dans la Communauté économique européenne (ci-après la « CEE »), une adaptation du monopole pétrolier s'est avérée nécessaire [omissis]. À cette fin, l'Espagne a adopté, entre autres, la Ley 45/1984, de Reordenación del Sector Petrolero (loi 45/1984 portant réorganisation du secteur pétrolier) [omissis].

Cette loi a prévu une série de mesures ayant pour but de parvenir à l'intégration verticale des entreprises faisant partie de l'industrie pétrolière espagnole et

d'accroître l'efficacité et la compétitivité en intégrant l'industrie du raffinage à la commercialisation et à la distribution de produits pétroliers [omissis]. Les mesures les plus importantes ont consisté en la série d'autorisations accordées au gouvernement afin que ce dernier : **[Or. 4]**

1. transfère à CAMPSA l'ensemble des biens et des droits détenus par l'État affectés au monopole ;
2. fasse entrer les entreprises nationales de raffinage (REPSOL, CEPESA et PETROMED-BP) dans l'actionnariat de CAMPSA, proportionnellement à leur importance sur ce marché ;
3. transfère à CAMPSA les droits économiques détenus par l'État découlant des concessions et contrats conclus dans le cadre du monopole pétrolier, ainsi que ceux découlant des contrats d'administration ou d'exploitation de stations-service et de pompes à essence par un tiers autre que CAMPSA ;
4. adopte une nouvelle réglementation des concessions et des contrats, qui a permis de qualifier les relations entre CAMPSA et les personnes ou entités se livrant ou pouvant se livrer à la distribution et à la commercialisation des produits relevant dudit monopole de relations de droit privé.

Les sociétés de raffinage espagnoles ont ainsi obtenu une place privilégiée indéniable qui est devenue manifeste lors de la libéralisation ultérieure du secteur. Ainsi, les entreprises de raffinage espagnoles (dont REPSOL CPP) et CAMPSA (en tant qu'administratrice du monopole), qui détenaient des informations privilégiées sur les événements à venir, ont commencé à prendre les devants, en vue de s'assurer que les stations-services déjà existantes en Espagne seraient liées à elles en tant que points de vente de leurs produits, et, grâce à leur position sur le marché, ont commencé à promouvoir auprès des concessionnaires la signature de documents de rattachement à leurs réseaux respectifs.

– C'est dans ces conditions que KN et EMPRESA NACIONAL DEL PETRÓLEO, SA (EMP) (ENPETROL, désormais REPSOL) (ci-après « EMP ») ont conclu le premier contrat. L'entreprise s'est cependant réservé le droit de faire de REPSOL, SA ou de toute autre entreprise du groupe INH son subrogataire à ce contrat (treizième clause) – **Contrat du 1^{er} juillet 1987** –.

Ce contrat prévoit que lorsque la distribution de carburants et de combustibles pourra se faire librement, M. KN s'engagera à s'approvisionner exclusivement auprès d'EMP (cinquième clause, point 2).

Étant donné que dès que le produit franchit le point de connexion du tuyau qui sert à transvaser le carburant de la citerne dans la cuve de la station-service, il devient propriété **[Or. 5]** de M. KN, ce contrat est de revente (cinquième clause, point 4). Le contrat est d'une durée de 10 ans à compter de la signature.

L'annexe I de ce contrat disposait que si l'obligation d'approvisionnement de CAMPSA venait à disparaître, EMP prendrait en charge l'approvisionnement de la station-service, « *en s'engageant également à étudier avec le TITULAIRE du contrat un système de rémunération de la station-service conforme aux rémunérations versées par la concurrence* ». Le 31 décembre 1995, les parties ont ajouté une annexe III au contrat en vertu de laquelle M. KN serait rémunéré par une commission, bien qu'il s'agisse d'un contrat de revente.

– Une fois l'Espagne entrée dans la CEE, l'étape significative suivante pour l'évolution du secteur a consisté en le Real Decreto-Ley 4/1991, [de 29 de noviembre, sobre medidas urgentes para la progresiva adaptación del sector petrolero al marco comunitario (décret-loi royal 4/1991, du 29 novembre 1991, portant sur les mesures urgentes pour l'adaptation progressive du secteur pétrolier au cadre communautaire)], qui a finalement autorisé la répartition des actifs commerciaux de CAMPSA entre plusieurs sociétés bénéficiaires, filiales constituées à cette fin par les entreprises de raffinage, ainsi que la subrogation de celles-ci pour l'utilisation du domaine public occupé par les stations-service et dans les droits et obligations de CAMPSA issus des contrats conclus par cette dernière avec les propriétaires, locataires et exploitants des stations-services concernées par le démantèlement. En outre, dans le cadre de ce même processus REPSOL CPP s'est adjugée la propriété de la marque commerciale CAMPSA.

Par décision du 19 décembre 1991 dans l'affaire no IV/M.138 – CAMPSA, la Commission européenne, a approuvé le Protocole d'accords en vue de la répartition des activités commerciales de CAMPSA, notifié le 19 novembre 1991 par les entreprises bénéficiaires du démantèlement, à savoir Compañía Española de Petróleos, SA (CEPSA), Petróleos del Mediterráneo (PETROMED) (désormais BP OIL ESPAÑA, SA) et REPSOL, SA (REPSOL).

[omissis] [changement de dénomination de CAMPSA]

Le processus de libéralisation s'est achevé avec l'adoption [omissis] de la Ley 34/1992[, de 22 de diciembre,] de Ordenación del Sector Petrolero (loi 34/1992, du 22 décembre 1992, portant réglementation du secteur pétrolier), laquelle a prononcé l'extinction du monopole pétrolier et la libéralisation totale des activités d'importation, de raffinage, de distribution et de vente, de transport et de stockage de produits pétroliers [omissis]. L'extinction du monopole s'est accompagnée pour les concessionnaires de l'extinction des droits et obligations découlant de la concession et, notamment de la disparition de l'obligation de restitution à l'État.

– À l'expiration du monopole, KN et REPSOL CPP ont conclu le deuxième contrat – **Contrat du 1^{er} février 1996**. [Or. 6]

Il s'agit d'un contrat d'approvisionnement exclusif (première clause), d'une durée de 5 ans (deuxième clause).

La propriété des produits livrés ainsi que les risques y afférents sont transmis à M. KN dès que ces produits sont transvasés dans les cuves de la station-service (cinquième clause, point 5), de sorte qu'il s'agit d'un contrat de revente.

Repsol CPP s'est engagée à communiquer par écrit à M. KN un prix de vente au public « recommandé » coïncidant avec le prix de vente au public recommandé aux stations-service présentant les mêmes caractéristiques dans la même zone géographique (troisième clause, point 1). Le prix que M. KN devait payer à REPSOL CPP pour le produit était obtenu en appliquant un rabais au prix de vente au public « recommandé » (troisième clause, point 2).

[omissis] [comparaison de commissions et rabais entre le premier et le deuxième contrat]

Toutefois, même si un régime de vente ferme est prévu, les parties ont ajouté une nouvelle annexe relative aux conditions économiques le 10 octobre 1997. Elles y ont précisé les commissions que M. KN devait percevoir. Cela s'est répété les années suivantes.

Bien que les deux premiers contrats conclus entre les parties aient choisi le régime économique de la revente, la rémunération de l'exploitant de la station-service a pris la forme d'une commission, ce qui a fait du régime du contrat un régime de commissions, sans autre changement que celui relatif à la rémunération de l'exploitant.

Pour REPSOL, M. KN n'était qu'un commissionnaire parmi d'autres ayant conclu un contrat d'affiliation*.

– Le 27 avril 1999, l'Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía (association des propriétaires de stations-service et d'unités d'approvisionnement d'Andalousie) a déposé auprès du Servicio de Defensa de la Competencia (service de défense de la concurrence, ci-après le «SDC») une plainte contre REPSOL, SA, REPSOL CPP, CEPSA, SA et CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, SA (actuellement CEPSA COMERCIAL PETRÓLEO, SA) pour violation des règles nationales et communautaires relatives à la protection de la concurrence. Cette plainte, dans la mesure où elle concernait REPSOL [omissis], a été tranchée par décision du Tribunal de Defensa de la Competencia (tribunal de la concurrence, ci-après le «TDC») du 11 juillet 2001, procédure 490/00. **[Or. 7]**

* Ndt : le « contrato de abanderamiento » est une figure du droit commercial espagnol. Cette notion désigne le contrat établissant une relation contractuelle entre l'exploitant d'une station-service et l'entreprise qui l'approvisionne en carburant. En vertu de ce contrat, l'entreprise autorise l'exploitant à utiliser son enseigne ainsi que son image commerciale et fournit à celui-ci une assistance technique et commerciale, en contrepartie de quoi l'exploitant s'approvisionne en combustibles et carburants exclusivement auprès de cette entreprise.

En substance, le TDC a rendu la décision suivante :

« 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 SOUS UN RÉGIME SUPPOSÉ DE COMMISSION OU D'AGENCE, EN VERTU DES CONTRATS CITÉS** [omissis] dans le dossier du Service.

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

REPSOL CCP a ouvertement reconnu fixer le prix de vente au public des exploitants des stations-service de son réseau désignés comme « commissionnaires », et ce, sans limitations, puisqu'elle estimait avoir le droit de le faire dans le cadre de ce régime économique particulier.

– Le 22 février 2001, KN et REPSOL CPP ont signé le « **contrat de commission exclusive pour la vente de combustibles et de carburants en stations-services** » ; le 22 février 2006, la [COMMUNAUTÉ DES] HÉRITIERS DE M. KN et REPSOL CPP ont également signé ce qu'ils ont appelé le « contrat de commission exclusive pour la vente de combustibles et de carburants en stations-services » ; le 17 juillet 2009, la [COMMUNAUTÉ DES] HÉRITIERS DE M. KN et REPSOL CPP ont encore signé le même « contrat de commission exclusive pour la vente de combustibles et de carburants en stations-services ».

Ces trois contrats contiennent une obligation d'approvisionnement exclusif en faveur de REPSOL CPP de 5, 3 et 5 ans respectivement (13 ans au total). Le régime économique est celui d'une « prétendue » commission, car c'est le commissionnaire qui, en vertu de ces contrats, assume le risque afférent au produit (septième clause, point 4) et doit payer le montant des produits commandés (prix de vente au public fixé par REPSOL CPP moins la commission, pour tous les litres livrés) suffisamment longtemps en avance pour permettre à REPSOL CPP de constater le paiement avant la livraison, sauf s'il fournit des garanties suffisantes (garantie bancaire), auquel cas il doit verser ce montant dans un délai maximal de 9 jours à compter de la livraison du produit, indépendamment du moment de sa vente effective au consommateur (cinquième clause, point 4). En outre, le commissionnaire étant propriétaire des installations, la maintenance et la rénovation de celles-ci seraient à sa charge. **[Or. 8]**

Dans tous les contrats, la faculté du commissionnaire de pratiquer des ristournes en les imputant sur sa commission est formellement reconnue, mais le montant à verser à REPSOL CPP pour les produits est calculé en soustrayant la commission au prix de vente au public fixé par REPSOL CPP et, en outre, la commission est « gelée » tant que les parties ne parviennent pas à un nouvel accord sur celle-ci.

– REPSOL CCP a formé un recours contre la décision rendue par le TDC le 11 juillet 2001 devant [omissis] l’Audiencia Nacional (Cour centrale, Espagne), qui s’est vu attribuer le numéro 866/01. Le 11 juillet 2007, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (chambre administrative) (sixième section) de l’Audiencia Nacional (Cour centrale) a rendu un arrêt par lequel elle rejetait le recours formé par REPSOL CCP, en observant que « [l]a 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 SDC elle a toujours affirmé avoir imposé les prix de vente [...]. »

À la suite de l’arrêt de l’Audiencia Nacional (Cour centrale), REPSOL CCP a formé un pourvoi en cassation devant la troisième chambre du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne), enregistré sous le numéro 6188/2007, qui a été rejeté par l’arrêt du 17 novembre 2010.

Le 7 novembre 2001, REPSOL CCP a transmis à tous les « supposés » commissionnaires de son réseau, dont la COMMUNAUTÉ DES HÉRITIERS DE M. KN, [une communication] (jointe en tant qu’annexe n° 21 à la requête). Dans cette communication, REPSOL CCP fait part de son but avoué de se conformer au règlement (CE) n° 2790/1999 [de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l’application de l’article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d’accords verticaux et de pratiques concertées] ainsi qu’aux injonctions formulées dans la décision du TDC du 11 juillet 2001. Concrètement, dans cette communication, REPSOL CCP reconnaissait formellement aux distributeurs-commissionnaires de son réseau le droit de pratiquer des ristournes en les imputant sur leur commission.

[omissis] Par décision d’exécution de l’arrêt du TDC du 17 juillet 2006, les injonctions formulées dans la décision du TDC du 11 juillet 2001 ont été réputées respectées par l’envoi de la communication susmentionnée du 7 novembre 2001. Toutefois, le TDC a expressément signalé ce qui suit : « *De la même manière, étant donné que le [SDC] nous informe mener actuellement une enquête confidentielle visant à déterminer si les réformes menées par Repsol concernant les relations contractuelles qu’il entretient avec ses distributeurs ont concrètement produit les effets souhaités concernant la non-imposition de prix de vente au public dans tous ses contrats de fourniture de carburants, ce qui précède ne fait pas obstacle à l’ouverture éventuelle d’une nouvelle procédure dans l’hypothèse où cette enquête mettrait à jour des comportements anticoncurrentiels.* » [Or. 9]

(REPSOL CCP n’ayant accordé cette possibilité qu’à titre purement formel dans sa communication du 7 novembre 2001, le SDC a ouvert une enquête visant à vérifier si la possibilité donnée aux distributeurs de pratiquer des ristournes en les imputant sur leur commission était réelle et effective ou si, au contraire, REPSOL CCP continuait de fixer le prix de vente au public, désormais par des moyens indirects.)

– Cette enquête a fait l'objet de la procédure 652/07 REPSOL/CEPSA/BP, dans le cadre de laquelle il a été confirmé que la compagnie pétrolière continuait d'enfreindre les règles nationales et de l'Union relatives à la protection de la concurrence, étant donné que la possibilité donnée aux exploitants des stations-service de son réseau de pratiquer des ristournes en les imputant sur leur commission s'est avérée ne pas être réelle.

Par décision du 30 juillet 2009, la Comisión Nacional de la Competencia (commission nationale de la concurrence, ci-après la « CNC ») [désormais la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (commission nationale des marchés et de la concurrence), ci-après la « CNMC »] a résolu de sanctionner REPSOL CCP, ainsi que CEPSA et BP OIL, en indiquant ce qui suit :

« PREMIÈREMENT. – Déclarer que REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, SA, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, SA et BP OIL ESPAÑA, SA ont violé l'article 1^{er} de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia [loi 16/1989, du 17 juillet 1989, sur la concurrence] et l'article 81, paragraphe 1, CE, 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.

DEUXIÈMEMENT. – Déclarer que tous les contrats incluant des clauses en vertu desquels le commettant transfère à l'autre partie au contrat des risques commerciaux ou financiers importants seront traités, aux fins de l'application du droit de la concurrence, comme des contrats de revente.

TROISIÈMEMENT. – Déclarer que toute autre clause contractuelle figurant dans les contrats de fourniture de carburants de REPSOL, CEPSA et BP et stipulant que le prix d'acquisition du combustible est fixé par référence au prix maximal ou recommandé, que ce soit celui de la station-service elle-même ou celui des concurrents de la région, est contraire à l'article 1^{er} de la LDC et à l'article 81 CE, de même que tout usage commercial ayant un effet équivalent à ce type de clause.

QUATRIÈMEMENT. – Déclarer que toute autre clause contractuelle figurant dans les contrats de fourniture de carburants de REPSOL, CEPSA et BP et stipulant que les commissions/marges à percevoir sont fixées à des niveaux similaires à ceux de la région où se trouve la station-service faisant l'objet du contrat est contraire à l'article 1^{er} de la LDC [Or. 10] et à l'article 81 CE, de même que tout usage commercial ayant un effet équivalent à ce type de clause.

CINQUIÈMEMENT. – Ordonner à REPSOL, CEPSA et BP de prendre, à compter de la notification de la présente décision, les mesures nécessaires à la cessation de toutes les pratiques contribuant à la fixation indirecte du prix des combustibles vendus dans les stations-services des réseaux objet

d'un contrat d'affiliation conclu avec REPSOL, CEPSA et BP et dont les gestionnaires sont des entrepreneurs indépendants aux fins de l'application des règles de concurrence et, en particulier,

- i) afin que les prix facturés aux clients figurent correctement sur les tickets justificatifs d'achat émis par les terminaux de paiement des stations-service, tant pour le client que pour le gestionnaire de la station-service, ces terminaux ne pourront fonctionner au moyen de systèmes rendant difficile l'introduction manuelle du prix de vente final pour chaque opération de vente. Le prix maximal/recommandé ne pourra pas être intégré à ces terminaux ;*
- ii) les opérateurs ne pourront pas faire fonctionner dans leur réseau des terminaux de points de vente rendant difficile ou impossible l'obtention de justificatifs des ristournes pratiquées, que ce soit pour justifier une dépense promotionnelle ou la rectification d'une facture ;*
- iii) ils ne pourront pas utiliser dans leur réseau des systèmes de facturation rendant difficiles les rectifications de factures nécessaires pour refléter les ristournes pratiquées par le gestionnaire de la station-service ;*
- iv) ils ne pourront pas empêcher le gestionnaire de la station-service de connaître le montant total de la ristourne accordée aux clients possédant une carte de fidélité lorsque cette ristourne est partagée, ainsi que le montant à leur charge.*

SIXIÈMEMENT. – Infliger à REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, SA une amende de CINQ MILLIONS D'EUROS (5 000 000 EUROS) pour l'infraction sanctionnée.

SEPTIÈMEMENT. – Infliger à CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, SA une amende D'UN MILLION HUIT CENT MILLE EUROS (1 800 000 EUROS) pour l'infraction sanctionnée.

HUITIÈMEMENT. – Infliger à BP OIL ESPAÑA, SA une amende d'UN MILLION ET CENT MILLE EUROS (1 100 000 EUROS) pour l'infraction sanctionnée.

NEUVIÈMEMENT. – Ordonner à REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, SA, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, SA et BP OIL ESPAÑA, SA de s'abstenir, à l'avenir, de se livrer aux pratiques sanctionnées et à toute autre pratique dont l'effet serait équivalent. [Or. 11]

DIXIÈMEMENT. – Ordonner à REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, SA, CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, SA et BP OIL ESPAÑA, SA de publier, à leurs propres frais et dans un délai de deux mois

à compter de la notification de la présente décision, le dispositif de la présente décision dans les pages économiques de deux des quotidiens d'information générale de plus grande diffusion sur l'ensemble du territoire espagnol. En cas de manquement à cette obligation, une amende coercitive de 600 euros par jour de retard sera infligée.

ONZIÈMEMENT. – Les entreprises sanctionnées justifieront devant la direction des enquêtes le respect de l'ensemble des obligations imposées aux points précédents.

DOUZIÈMEMENT. – Demander à la direction des enquêtes de veiller au respect de la présente décision et d'en assurer le contrôle. »

La décision de la CNC du 30 juillet 2009 a été confirmée lors de son contrôle juridictionnel et a donc acquis un caractère définitif. La CNC a conclu à l'existence de l'infraction bien que REPSOL CCP a expressément reconnu – que ce soit par voie contractuelle ou en vertu de la communication du 7 novembre 2001 – que l'exploitant de la station-service avait la possibilité de pratiquer des ristournes et bien que l'exploitant de la station-service ait pratiqué des ristournes au moyen de la carte SOLRED (carte de fidélité/paiement de REPSOL).

Dans le cadre de la procédure de surveillance (dossier VS/652/07 REPSOL/CEPSA/BP), la CNMC a rendu trois décisions [décision du 20 décembre 2013, qui a acquis un caractère définitif suite à sa confirmation par la troisième chambre du Tribunal Supremo (Cour suprême) en février 2020 ; décision du 27 juillet 2017 et décision récente du 12 juin 2020]. Il en ressort que REPSOL a maintenu sa pratique illicite pendant plus de 10 ans.

– Le litige au principal est une action en nullité des contrats existants entre les parties, avec demande d'indemnisation des dommages causés (action « stand alone »), sur le fondement de l'article 101, paragraphe 2, TFUE, du fait de la fixation par REPSOL CPP du prix de vente au public pour les combustibles et carburants, à savoir pour violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. À titre de preuve de la pratique illicite, la partie requérante utilise les décisions de l'autorité nationale de concurrence (décision du TDC du 11 juillet 2001 et décision de la CNC du 30 juillet 2009) ayant acquis un caractère définitif.

[b)] LA TENEUR DES DISPOSITIONS NATIONALES SUSCEPTIBLES DE S'APPLIQUER EN L'ESPÈCE ET, LE CAS ÉCHÉANT, LA JURISPRUDENCE NATIONALE PERTINENTE [Or. 12]

– L'arrêt du 2 avril 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215) répond à la question préjudicielle de l'Audiencia Provincial de Barcelona (cour provinciale de Barcelone, Espagne) suivante : « 3) *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. [...] »

– L'article 2 du 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, intitulé « Charge de la preuve », dispose : « **Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies.** »

Le considérant 5 de ce règlement énonce déjà : « **Afin d'assurer le respect effectif des règles communautaires de concurrence et, dans le même temps, le respect des droits fondamentaux de la défense, le présent règlement doit régir la charge de la preuve pour l'application des articles 81 et 82 du traité. C'est à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 qu'il doit incomber d'en apporter la preuve requise par la loi. Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises invoquant le bénéfice d'un moyen de défense contre une constatation d'infraction d'apporter la preuve requise par la loi que les conditions d'application de ce moyen de défense sont remplies. Le présent règlement ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire.** »

Le considérant 22 est rédigé comme suit : « **Afin de garantir le respect des principes de la sécurité juridique et l'application uniforme des règles de concurrence communautaires dans un système de compétences parallèles, il faut éviter les conflits de décisions.** [...] » [Or. 13]

Selon le principe d'effectivité, les règles applicables aux recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit de l'Union ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union¹. À cet égard, et

¹ Arrêts du 20 septembre 2001, Courage et Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, point 29) ; du 13 juillet 2006, Manfredi (C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, point 62) ; du 14 juin 2011, Pfeleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, point 24) ; du 6 juin 2013, Donau Chemie e.a. (C-536/11,

spécifiquement dans le domaine du droit de la concurrence, ces règles ne doivent pas porter atteinte à l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE ².

– Un exemple récent de l'absence de force probante des décisions de l'autorité nationale de la concurrence dans une procédure qui avait un objet similaire à celui du cas d'espèce est l'arrêt n° 381/2020 de la 28^{ème} chambre de l'Audiencia Provincial de Madrid (cour provinciale de Madrid, Espagne) (juridiction qui contrôlera en deuxième instance l'arrêt de la juridiction de céans), du 17 juillet 2020, procédure d'appel n° 4341/2018.

Dans cet arrêt, l'Audiencia Provincial de Madrid (cour provinciale de Madrid) a jugé que : *« À cet égard, c'est à la partie requérante [...] qu'incombe la charge de démontrer l'existence, la nature, la durée, ainsi que le mode et le lieu de conclusion des accords convenus ou d'application des mesures de pression, directes ou indirectes, que la compagnie pétrolière défenderesse aurait pu mettre en œuvre à son encontre pour l'empêcher de pratiquer des baisses de prix imputées sur sa commission. »*

« [...] il faut être conscient des différents rôles joués par l'un ou l'autre organe, à savoir par les autorités de la concurrence (et, éventuellement, par les décisions ultérieures des tribunaux contentieux administratifs espagnols) et par les juridictions compétentes en matière de commerce, parce que cela détermine les décisions auxquelles on peut s'attendre des uns et des autres. L'éventail des relations contractuelles examiné par la CNC peut constituer un échantillon significatif pour permettre à un organe de l'administration assumant des fonctions de surveillance économique d'appliquer à une compagnie pétrolière des sanctions. Or, dans une procédure civile, il ne suffit pas, lorsque la nullité d'une relation contractuelle individuelle est demandée, de faire valoir des conclusions générales sur le fonctionnement plus ou moins idoine d'un réseau commercial pouvant être extraites du dossier administratif ; il est nécessaire, dans le cadre de ce litige civil, d'effectuer une analyse individuelle de la relation contractuelle objet du litige et de démontrer que c'est précisément le requérant, exploitant d'une station-service, et non un autre sujet, qui a été victime d'une pratique de fixation des prix. Cette pratique doit être [Or. 14] précisée et mise en évidence pour que le juge civil puisse envisager de constater ladite nullité. »

« En outre, l'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême) du 30 novembre 2012, qui contient de nombreuses citations de jurisprudence, affirme qu'il est de jurisprudence constante que l'impossibilité réelle de pratiquer des ristournes ne saurait être prouvée simplement par des dossiers des autorités de la concurrence relatifs au comportement, examiné globalement, de la compagnie pétrolière. Les

EU:C:2013:366, point 27) ; du 5 juin 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, point 25) ; et du 18 février 2016, Finanzmadrid EFC (C-49/14, EU:C:2016:98, point 40).

² Arrêts du 7 décembre 2010, VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, point 57) ; du 14 juin 2011, Pfeleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, point 24) ; du 6 juin 2013, Donau Chemie e.a. (C-536/11, EU:C:2013:366, point 27) ; et du 5 juin 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, point 26).

mesures administratives prises par la CNC, y compris celles confirmées par les tribunaux contentieux administratifs espagnols, ne doivent pas nécessairement aboutir à la nullité automatique en droit civil de tous les contrats d'affiliation conclus par les compagnies pétrolières concernés par ces mesures. Dans le cas contraire, on aboutirait à la situation absurde consistant à considérer que des décisions administratives (telles que la décision du TDC du 11 juillet 2001 ou la décision ultérieure de la CNC du 30 juillet 2009) pourraient conduire, inéluctablement, à la nullité de milliers de contrats d'approvisionnement conclus par les différentes compagnies pétrolières, sans tenir compte des relations qui découlent réellement de ces contrats. Il nous semble important de noter que, dans les litiges civils tels que celui d'espèce, il s'agit d'actions en nullité (actions "stand alone") et non d'actions en responsabilité civile pour violation des règles communautaires de concurrence (actions "follow on"), qui ne visent qu'à dédommager la victime de l'infraction déjà constatée par les organes de contrôle de la libre concurrence. »

« De sorte que, abstraction faite des généralisations dont l'enjeu ne peut être que celui de l'adoption par l'autorité compétente de mesures de nature sectorielle contribuant à une amélioration générale du marché [...] »

– Selon la 28^{ème} chambre de l'Audiencia Provincial de Madrid (cour provinciale de Madrid), il ne suffit pas d'établir que la station-service relève du champ d'application subjectif de la décision de l'autorité nationale de la concurrence : il faut reproduire devant le juge civil les preuves présentées au cours de l'instruction du dossier administratif.

Les décisions de l'autorité nationale de la concurrence, bien qu'elles aient été judiciairement confirmées, ne constituent même pas un indice de la pratique illicite pour le juge civil, alors même que les dossiers clôturés par la décision du TDC du 11 juillet 2001 et par la décision de la CNC du 30 juillet 2009 constatent la pratique illicite à l'égard de toutes les stations-services objet d'un contrat d'affiliation conclu avec REPSOL CCP prétendument « commissionnaires ».

[c] L'EXPOSÉ DES RAISONS QUI ONT CONDUIT LA JURIDICTION DE RENVOI À S'INTERROGER SUR L'INTERPRÉTATION OU LA VALIDITÉ DE CERTAINES [Or. 15] DISPOSITIONS DU DROIT DE L'UNION, AINSI QUE LE LIEN QU'ELLE ÉTABLIT ENTRE CES DISPOSITIONS ET LA LÉGISLATION NATIONALE APPLICABLE AU LITIGE AU PRINCIPAL

Il est clair que la charge de la preuve de la pratique illicite incombe à la partie requérante. Il est cependant possible pour elle de respecter cette charge de la preuve en démontrant tout simplement que les décisions ayant un caractère définitif de l'autorité nationale de la concurrence concernent la relation contractuelle en cause.

Cette problématique est résolue à l'égard des actions en dommages et intérêts (action « follow on ») depuis la transposition en droit espagnol de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

L'article 75, paragraphe 1, de la LDC * prévoit que : « Une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité de concurrence espagnole ou par une instance de recours espagnole est considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts introduite devant une juridiction espagnole. »

La finalité ultime de cette disposition ressort des considérants de la directive 2014/104 elle-même.

Le considérant 3 de la directive 2014/104 énonce que : « Les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne produisent des effets directs dans les relations entre les particuliers et créent, pour les personnes concernées, des droits et des obligations au respect desquels les juridictions nationales sont tenues de veiller. Celles-ci ont donc un rôle d'égale importance à jouer dans l'application des règles de concurrence (mise en œuvre du droit sur l'initiative de la sphère privée). Lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, elles préservent les droits subjectifs garantis par le droit de l'Union, notamment en accordant des dommages et intérêts aux victimes d'infractions. Afin de garantir la pleine effectivité des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, notamment, l'effet utile des interdictions qu'ils prévoient, il est indispensable que toute personne, qu'il s'agisse d'un consommateur ou d'une entreprise, ou toute autorité publique puisse demander réparation du préjudice causé par une infraction à ces dispositions devant les juridictions nationales. [...]. »

Le considérant 4 de cette directive ajoute : « Le droit, inscrit dans le droit de l'Union, à réparation d'un préjudice résultant [Or. 16] d'infractions au droit de la concurrence de l'Union et au droit national de la concurrence exige de chaque État membre qu'il dispose de règles procédurales garantissant l'exercice effectif de ce droit. La nécessité de moyens de recours procéduraux effectifs découle également du droit à une protection juridictionnelle effective prévu à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne et à l'article 47, premier alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les États membres devraient assurer une protection juridique effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. »

* Ndt : Il s'agit probablement d'une référence à la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (loi 15/2007, du 3 juillet 2007, de défense de la concurrence).

De même, le considérant 11 de cette directive ajoute : « *En l'absence de dispositions dans le droit de l'Union, les actions en dommages et intérêts sont régies par les règles et procédures nationales des États membres. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après dénommée "Cour de justice"), toute personne est en droit de demander réparation d'un préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une infraction au droit de la concurrence. Toutes les règles nationales régissant l'exercice du droit à réparation du préjudice causé par une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris celles concernant des aspects non traités dans la présente directive, tels que la notion de lien de causalité entre l'infraction et le préjudice, doivent respecter les principes d'effectivité et d'équivalence. Cela signifie qu'elles ne devraient pas être formulées ni appliquées de façon telle que l'exercice du droit à réparation garanti par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en deviendrait excessivement difficile ou pratiquement impossible, ou qu'elles ne devraient pas être formulées ni appliquées de manière moins favorable que celles applicables à des actions nationales analogues. [...] »*

En ce qui concerne la charge de la preuve dans les actions en dommages et intérêts, la directive 2014/104 souligne en son considérant 14 les difficultés liées aux preuves : « *Les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence de l'Union ou au droit national de la concurrence requièrent habituellement une analyse factuelle et économique complexe. Dans bien des cas, les preuves nécessaires pour démontrer le bien-fondé d'une demande de dommages et intérêts sont détenues exclusivement par la partie adverse ou des tiers et ne sont pas suffisamment connues du demandeur, ou celui-ci n'y a pas accès. Dans ces circonstances, des exigences juridiques strictes faisant obligation aux demandeurs d'exposer précisément tous les faits de l'affaire au début de l'instance et de produire des éléments de preuve bien précis à l'appui de leur demande peuvent indûment empêcher l'exercice effectif du droit à réparation garanti par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »*

Elle ajoute, en son considérant 34, que : « [...] Afin d'accroître la sécurité juridique, d'éviter toute incohérence dans l'application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de renforcer l'efficacité des actions en dommages et intérêts et les économies de procédure dans ce domaine, et de stimuler le fonctionnement du marché intérieur pour les entreprises et les consommateurs, la constatation d'une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou d'une instance [Or. 17] de recours ne devrait pas être de nouveau contestée lors d'actions en dommages et intérêts ultérieures. Dès lors, une telle constatation devrait être considérée comme établie de manière irréfragable dans le cadre d'actions en dommages et intérêts concernant ladite infraction intentées dans l'État membre de l'autorité de concurrence ou de l'instance de recours nationale. L'effet de la constatation ne devrait toutefois porter que sur la nature de l'infraction ainsi que sur sa portée matérielle, personnelle, temporelle et

territoriale telle qu'elle a été déterminée par l'autorité de concurrence ou l'instance de recours dans l'exercice de sa compétence. *Lorsqu'une décision a conclu à une infraction aux dispositions du droit national de la concurrence dans les cas où le droit de la concurrence de l'Union et le droit national de la concurrence s'appliquent en parallèle à la même affaire, ladite infraction devrait également être considérée comme établie de manière irréfragable. »*

– En l'espèce, il est vrai que la partie requérante n'exerce pas une simple action en dommages-intérêts, mais demande bel et bien la nullité des contrats en vertu de l'article 101, paragraphe 2, TFUE. Nier la valeur probante des décisions à caractère définitif de l'autorité nationale de la concurrence a cependant une double conséquence : i) maintien de contrats qui violent l'article 101 TFUE et ii) absence de réparation du dommage que la pratique interdite cause à la personne lésée et enrichissement sans cause subséquent de la personne en infraction.

En outre, les motifs qui justifient le fait que les décisions de l'autorité nationale de la concurrence constituent une preuve irréfragable de l'infraction dans les actions en dommages et intérêts sont transposables aux actions en nullité.

– Ce qui précède soulève la question de savoir si la rigueur en ce qui concerne les preuves dont fait montre la 28^{ème} chambre de l'Audiencia Provincial (cour provinciale) dans les actions en dommages-intérêts* est conforme au droit de l'Union. En toute logique, les conditions de l'article 2 du règlement n° 1/2003 doivent être remplies. Or, dès lors que le contrat en cause correspond aux pratiques sanctionnées et au type de contrats analysés (approvisionnement exclusif et affiliation) de l'une des entreprises sanctionnées (REPSOL) pendant la période concernée par les décisions (de 1999 à 2019) et dans le ressort territorial de l'infraction (Royaume d'Espagne), cette condition pourrait être considérée comme remplie. Une interprétation stricte de cette disposition ferait naître une sorte de probatio diabolica impossible à satisfaire.

– Bien que la juridiction de céans ne soit pas la juridiction de dernière instance, la 28^{ème} chambre de l'Audiencia Provincial (cour provinciale) qui réexaminera en deuxième instance l'arrêt de la juridiction de céans peut être la juridiction de dernière instance, eu égard au caractère extraordinaire du pourvoi en cassation et aux décisions d'irrecevabilité adoptées par la première chambre du Tribunal Supremo (Cour suprême) lors de la révision des arrêts rendus en appel concernant la fixation du prix de vente au public et la valeur que doivent avoir en droit espagnol les décisions de l'autorité nationale de la concurrence. **[Or. 18]**

LES QUESTIONS

Par ces motifs,

* Ndt : possible erreur de la juridiction de renvoi : il convient probablement de lire « actions en nullité ».

LA JURIDICTION DE CÉANS DÉCIDE de poser à la Cour, en vertu de l'article 267 TFUE, les questions préjudicielles suivantes, portant sur l'interprétation de l'article 2 du 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 :

- 1) Si la partie requérante démontre que sa relation contractuelle d'approvisionnement exclusif et d'affiliation (sous le régime de la commission ou de vente ferme avec prix de référence – revente avec ristourne –) avec REPSOL relève du champ d'application territorial et temporel examiné par l'autorité nationale de la concurrence, **la relation contractuelle doit-elle être considérée comme étant affectée par la décision du Tribunal de Defensa de la Competencia (tribunal de la concurrence, Espagne) du 11 juillet 2001 (affaire 490/00 REPSOL) ou par la décision de la Comisión Nacional de la Competencia (commission nationale de la concurrence, Espagne) du 30 juillet 2009 (affaire 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), les conditions posées à l'article 2 du règlement n° 1/2003 relatives à la charge de la preuve étant considérées comme remplies en vertu de ces décisions ?**
- 2) En cas de réponse affirmative à la question précédente et s'il est établi en l'espèce que la relation contractuelle est affectée par la décision du Tribunal de Defensa de la Competencia (tribunal de la concurrence, Espagne) du 11 juillet 2001 (affaire 490/00 REPSOL) ou par la décision de la Comisión Nacional de la Competencia (commission nationale de la concurrence, Espagne) du 30 juillet 2009 (affaire 652/07 REPSOL/CEPSA/BP), **la conséquence doit-elle nécessairement être la déclaration de nullité de plein droit de l'accord, conformément à l'article 101, paragraphe 2, TFUE ?**

[omissis]

[omissis] [Or. 19]

[omissis]

[omissis] [Formules procédurales finales, signatures et indications sur la protection des données à caractère personnel] [Or. 20]