CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M^ME JULIANE KOKOTT

présentées le 13 juillet 2006 [1]

I — Introduction

1. La question sous-jacente à cette procédure de renvoi préjudiciel est de savoir si et dans quelles conditions une entreprise pétrolière peut fixer aux stations-service qu'elle fournit les prix pour la vente de carburants au consommateur final. De telles fixations de prix sont prévues dans des accords que l'entreprise pétrolière espagnole Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA) a conclus avec des exploitants de stations-service, ces accords étant dénommés contrats de commission et/ou d'agence commerciale. La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (fédération espagnole des exploitants de stations-service, ci-après la «Confederación») considère que cette pratique est anticoncurrentielle et a introduit un recours contre celle-ci en Espagne.

2. À la suite de la récente décision de la Commission des Communautés européennes dans l'affaire Repsol [2], les relations juridiques existant entre une entreprise pétrolière espagnole et les stations-service qu'elle fournit sont une nouvelle fois soumises à l'examen au regard du droit de la concurrence. Par ailleurs, en Espagne, les autorités et juridictions chargées en droit interne des questions de concurrence ont déjà été saisies à plusieurs reprises de cette question, ce qui a conduit aux résultats les plus divers.

II — Cadre juridique

A — *En droit communautaire*

3. Au niveau du droit primaire, il convient de faire référence à l'article 81 CE qui énonce:

«1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Décision de la Commission rendue en avril 2006 dans l'affaire COMP/B-1/38.348-REPSOL (non encore publiée au JO).

d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;

[...]

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

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

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

— à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises,

et

— à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

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

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

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

4. En droit dérivé, deux règlements d'exemption par catégories sont pertinents: le règlement (CEE) nº 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant

l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité CE [3] à des catégories d'accords d'achat exclusif [4], et le règlement (CE) nº 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 [5].

5. Le règlement nº 1984/83 était en vigueur jusqu'au 31 décembre 1999 [6]. Sous son titre III «Dispositions particulières applicables à des accords de stations-service», il était prévu notamment ce qui suit:

«*Article 10*

Conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité et aux conditions énoncées aux articles 11 à 13 du présent règlement, l'article 85 paragraphe 1 dudit traité est déclaré inapplicable aux accords auxquels ne participent que deux entreprises et dans lesquels l'une, le revendeur, s'engage vis-à-vis de l'autre, le fournisseur, en contrepartie de l'octroi d'avantages économiques ou financiers, à n'acheter qu'à celui-ci, à une entreprise liée à lui ou à une entreprise tierce qu'il a chargée de la distribution de ses produits, dans le but de la revente dans une station-service désignée dans l'accord, certains carburants pour véhicules à moteur à base de produits pétroliers ou certains carburants pour véhicules à moteur et combustibles à base de produits pétroliers spécifiés à l'accord.

Article 11

Outre l'obligation énoncée à l'article 10, il ne peut être imposé au revendeur aucune autre restriction de concurrence que

a) l'obligation de ne pas revendre dans la station-service désignée dans l'accord des carburants pour véhicules à moteur ou des combustibles fournis par des entreprises tierces;

b) l'obligation de ne pas utiliser dans la station-service désignée dans l'accord des lubrifiants ou des produits pétroliers

3 — Devenu article 81 CE.

4 — JO L 173, p. 5. Ce règlement s'est fondé sur l'habilitation que donne le règlement nº 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, 36, p. 533), modifié pour la dernière fois par le règlement (CE) nº 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 (JO L 1, p. 1). Voir, en outre, communication relative aux règlements (CEE) nº 1983/83 et nº 1984/83 (publiée initialement au JO 1983, C 355, p. 7; entièrement republiée au JO 1984, C 101, p. 2).

5 — JO L 336, p. 21. Ce règlement se fonde également sur la compétence d'adopter des règlements d'exemption par catégories prévue dans le règlement nº 19/65.

6 — Initialement, ce règlement était, selon l'article 19, paragraphe 2, de celui-ci, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1997. Sa durée de validité a ensuite été prolongée au 31 décembre 1999 (voir article 2 du règlement (CE) nº 1582/97 de la Commission,du 30 juillet 1997, modifiant les règlements (CEE) nº 1983/83 et nº 1984/83 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories respectivement d'accords de distribution exclusive et d'accords d'achat exclusif, JO L 214, p. 27). Par ailleurs, selon l'article 12, paragraphe 1, du règlement nº 2790/1999, les exemptions prévues dans le règlement nº 1984/83 continuaient à s'appliquer jusqu'au 31 mai 2000.

connexes offerts par des entreprises tierces, lorsque le fournisseur ou une entreprise liée à lui ont mis à la disposition du revendeur, ou financé, un équipement de vidange d'huiles ou d'autres installations de graissage de véhicules à moteur;

c) l'obligation de ne faire de la publicité pour les produits livrés par des entreprises tierces, à l'intérieur et à l'extérieur de la station-service, qu'en proportion de la part que ces produits représentent dans le chiffre d'affaires total de la station-service;

d) l'obligation de ne laisser surveiller que par le fournisseur, ou une entreprise désignée par lui, les installations de dépôt ou de distribution de produits pétroliers qui sont sa propriété, ou qui ont été financées par le fournisseur ou une entreprise qui lui est liée.

Article 12

1. L'article 10 n'est pas applicable lorsque

a) le fournisseur, ou une entreprise liée à lui, imposent au revendeur des obligations d'achat exclusif portant sur d'autres produits que les carburants pour véhicules à moteurs ou les combustibles ou sur des services, à moins qu'il ne s'agisse d'obligations imposées par l'article 11 sous b) et d);

b) le fournisseur restreint la liberté du revendeur d'acheter à une entreprise de son choix des biens ou des services qui, selon les dispositions du présent titre, ne peuvent faire l'objet ni d'une obligation d'achat exclusif ni d'une interdiction de concurrence;

c) l'accord est conclu pour une durée indéterminée ou pour plus de dix ans;

d) le fournisseur oblige le revendeur à imposer à son successeur un engagement d'achat exclusif pour une durée excédant celle à laquelle lui-même est encore tenu vis-à-vis du fournisseur.

2. Par dérogation au paragraphe 1 sous c), lorsque l'accord concerne une station-service que le fournisseur a donnée en location au revendeur, ou dont il lui a accordé la jouissance en droit ou en fait, les obligations d'achat exclusif et les interdictions de

concurrence visées par le présent titre peuvent être imposées au revendeur pendant toute la période pendant laquelle il exploite effectivement la station-service.»

6. Le règlement nº 1984/83 et d'autres réglementations d'exemption par catégories existant à l'époque ont été abrogés au 1er juin 2000 par le règlement nº 2790/1999 qui, pour certains accords verticaux [7], a introduit [8] une règle générale d'exemption par catégories en vigueur jusqu'au 31 mai 2010, dans la mesure où ces accords tombent sous le coup de l'article 81 CE et contiennent des restrictions [9] verticales à la concurrence (ci-après la «nouvelle réglementation sur les exemptions par catégories»).

7. Selon l'article 3 du règlement nº 2790/1999, la nouvelle réglementation sur les exemptions par catégories s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent. En outre, l'article 4, paragraphe 1, sous a), du règlement nº 2790/1999 prévoit que la nouvelle réglementation sur les exemptions par catégories ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente.

B — *Droit national*

8. En ce qui concerne le droit espagnol, il y a lieu de faire référence à la loi nº 16/1989, du 17 juillet 1989, sur la protection de la concurrence (Ley de Defensa de la Competencia) [10] dont l'article 1er, paragraphe 1, prévoit une définition des «pratiques interdites» qui s'inspire dans une grande mesure de l'article 81, paragraphe 1, CE et énonce:

«L'ensemble des accords, décisions, recommandations communes ou pratiques concertées ou parallèles qui ont pour objectif, pour effet ou qui peuvent avoir pour effet de restreindre, limiter ou fausser la concurrence sur la totalité ou une partie du marché national sont interdits, et en particulier

A) La fixation directe ou indirecte de prix ou d'autres conditions infligées au commerce ou aux services;

[...]»

7 — En bref, les accords verticaux consistent en des accords entre entreprises qui opèrent à des stades de production et de distribution différents; voir article 2, paragraphe 1, premier alinéa, du règlement nº 2790/1999.

8 — Voir article 13 du règlement nº 2790/1999. Pour les accords qui s'appliquaient déjà au 31 mai 2000 et qui remplissent les conditions pour une exemption au titre du règlement nº 1984/83, mais non au titre du règlement nº 2790/1999, ce dernier règlement prévoyait en son article 12, paragraphe 2, une période de transition allant jusqu'au 31 décembre 2001.

9 — En bref, les restrictions verticales consistent en des restrictions à la concurrence contenues dans des accords verticaux (voir note 7); pour plus de détails, voir article 2, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement nº 2790/1999.

10 — BOE nº 170, du 18 juillet 1989, p. 22747.

9. Pour mettre en œuvre la loi sur la protection de la concurrence, un décret royal, le Real Decreto nº 157/1992 a été adopté le 21 février 1992 [11]. L'article 1er, paragraphe 1, prévoyait sous le titre «Exemptions par catégories»:

«Conformément à l'article 5, paragraphe 1, sous A), de la loi sur la protection de la concurrence, sont autorisés les accords auxquels ne participent que deux entreprises et qui, se rattachant à l'une des catégories suivantes, affectent uniquement le marché national et réunissent les conditions énoncées ci-après pour chacune de ces catégories:

[...]

B) Accords d'achats exclusifs par lesquels une partie s'engage vis-à-vis de l'autre à acheter, dans le but de la revente, certains produits uniquement à cette autre partie, à une entreprise liée à celle-ci ou à une entreprise tierce que celle-ci a chargée de la distribution de ces produits, pour autant que l'accord respecte les dispositions énoncées dans le règlement (CE) nº 1984/83.

[...]»

11 — BOE nº 52, du 29 février 1992, p. 7106.

10. Ce décret royal a été entre-temps annulé et remplacé par le décret royal nº 378/2003, du 28 mars 2003 [12], par lequel de nouvelles réglementations communautaires et, en particulier, le règlement nº 2790/1999 ont été mis en œuvre.

III — Les faits et la procédure au principal

11. Le 4 mai 1995, la Confederación a déposé une plainte auprès du ministère de l'Économie et des Finances espagnol [13] à l'encontre de certaines entreprises du secteur pétrolier, dont CEPSA, les accusant de pratiques restrictives de la concurrence dans le secteur des stations-service. La Confederación s'en prenait notamment au caractère anticoncurrentiel des contrats de commission et/ou d'agents commerciaux, tels qu'ils sont pratiqués habituellement en Espagne entre CEPSA et les entreprises de stations-service qu'elle fournit et — suivant les explications non contestées de la Confederación — s'appliquent pour 95 % du réseau des stations-service de CEPSA.

12. Même si l'ensemble de ces contrats n'ont pas tout à fait le même libellé,

12 — BOE nº 90, du 15 avril 2003, p. 14851.

13 — Ministerio de Economia y Hacienda, Servicio de Defensa de la Competencia.

toutefois, selon les indications de la juridiction de renvoi, la plupart d'entre eux partagent les caractéristiques suivantes:

— L'exploitant d'une station-service s'engage à vendre exclusivement les carburants et les combustibles de CEPSA aux prix de vente ainsi qu'aux conditions et aux techniques de vente et d'exploitation fixés par celui-ci.

Pendant la durée du contrat, il est interdit à l'exploitant d'autoriser, directement ou indirectement des opérations de vente ou de promotion de produits concurrents de ceux visés par ladite exclusivité, ou d'intervenir dans ces opérations, dans la mesure où elles se dérouleraient ou tendraient à se dérouler dans l'enceinte (ou dans les environs immédiats) de la station-service faisant l'objet du contrat.

— L'exploitant assume le risque inhérent à la marchandise visée par l'exclusivité, dès le moment où il la reçoit de CEPSA et que ladite marchandise «franchit la bride de connexion des dépôts ou réservoirs de stockage existant dans la station-service».

À partir de ce moment, l'exploitant assume l'obligation de conserver cette marchandise dans les conditions permettant d'éviter toute perte ou détérioration de celle-ci et répond, le cas échéant, vis-à-vis de CEPSA à des tiers, de toute perte, contamination ou mélange que la marchandise pourrait subir, ainsi que des dommages qui pourraient être causés de ce fait.

— L'exploitant est tenu de verser à CEPSA le montant de la vente des carburants ou des combustibles neuf jours après la date de leur livraison à la station-service, sur la base d'un reçu émis par CEPSA.

— L'exploitant perçoit de la part de CEPSA les «commissions de marché» en vigueur pour les stations-service. Ces commissions, dont celle de garantie, sont d'un montant déterminé par litre (variable selon qu'il s'agit d'essence, de gazole A et B ou de gazole C) et sont assorties d'un élément fixe annuel. Les commissions sont versées par CEPSA neuf jours après la fourniture réalisée à la station-service.

13. La plainte de la Confederación a été partiellement classée sans suite le 7 novembre 1997. La Confederación a par la suite

contesté sans succès cette décision devant le Tribunal de Defensa de la Competencia et, ensuite, son recours devant l'Audiencia Nacional a également été rejeté. Depuis lors, le Tribunal Supremo [14] a été saisi d'un pourvoi en cassation.

IV — Demande de décision préjudicielle et procédure devant la Cour

14. Par ordonnance du 3 mars 2005, le Tribunal Supremo a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Les articles 10 à 13 du règlement (CEE) nº 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CE (devenu article 81 CE) à des catégories d'accords d'achat exclusif doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils incluent dans leur champ d'application des contrats de distribution exclusive de carburants et de combustibles qui, qualifiés formellement de contrats de commission ou d'agence, contiennent les éléments exposés ci-après?

a) L'exploitant de la station-service s'engage à vendre exclusivement les carburants et les combustibles du fournisseur en respectant les prix de vente au public ainsi que les conditions et techniques de vente et d'exploitation fixées par ledit fournisseur.

b) L'exploitant de la station-service assume le risque lié à la marchandise dès le moment où il la reçoit du fournisseur dans les réservoirs de stockage de la station-service.

c) Dès la réception de la marchandise, l'exploitant assume l'obligation de la conserver dans les conditions permettant d'éviter toute perte ou détérioration de celle-ci et répond, le cas échéant, vis-à-vis, du fournisseur ou de tiers, de toute perte, contamination ou mélange que la marchandise pourrait subir, ainsi que des dommages qui pourraient être causés de ce fait.

d) L'exploitant de la station-service est tenu de verser au fournisseur le montant de la vente des carburants ou des combustibles neuf jours après la date de leur livraison à la station-service.»

15. La Confederación, CEPSA, ainsi que la Commission ont présenté des observations tant écrites qu'orales.

14 — Ci-après, également, la juridiction de renvoi.

V — Analyse

A — *Recevabilité de la demande de décision préjudicielle*

16. CEPSA et la Commission ont des doutes quant à la recevabilité de la demande de décision préjudicielle.

Référence du droit national à des dispositions de droit communautaire

17. Tout d'abord, CEPSA soutient que la présente affaire concerne une situation purement nationale qu'il y a lieu de résoudre uniquement en vertu du droit interne. Le droit communautaire ne trouverait pas application et serait d'ailleurs déclaré inapplicable par le décret royal nº 157/1992. Au contraire, il serait simplement fait référence au règlement nº 1984/83 dans l'article 1er, paragraphe 1, sous b), du décret royal nº 157/1992. Par conséquent, CEPSA considère que la Cour n'est pas compétente pour répondre à la question posée.

18. Cette thèse n'est pas convaincante.

19. En effet, il appartient au seul juge national d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. La Cour ne peut rejeter une demande formée par une juridiction nationale que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ou encore lorsque le problème est de nature hypothétique ou que la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées [15]. Sauf en de telles hypothèses, la Cour est, en principe, tenue de statuer sur une question préjudicielle portant sur l'interprétation des règles de droit communautaire [16]. Cela vaut également pour les cas dans lesquels de telles dispositions ne sont pertinentes que par la référence que fait le droit interne. En effet, il est de jurisprudence constante que ni les termes de l'article 234 CE ni l'objet de la procédure de renvoi préjudiciel n'interdisent de répondre à des questions d'interprétation de dispositions de droit communautaire auxquelles le droit national ne fait que se

15 — Jurisprudence constante, voir notamment arrêts du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, points 59 à 61), et du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403, point 24).

16 — Arrêts précités Bosman (point 59) et IATA et ELFAA (point 24).

référencer pour régler une situation interne [17].

20. Bien au contraire, ainsi que la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, il existe un intérêt manifeste pour l'ordre juridique communautaire à ce que, pour éviter des divergences, toute disposition de droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer [18].

21. En matière de droit de la concurrence, cet intérêt à une interprétation et à une application les plus uniformes possible des dispositions en vigueur au niveau communautaire est particulièrement importante.

22. D'une part, le droit de la concurrence se caractérise par le fait qu'il n'est pas rare qu'une même situation de fait puisse relever à la fois du droit communautaire et du droit national [19]. Il en va toujours ainsi lorsque les champs d'application du droit national et du droit communautaire se recoupent, c'est-à-dire que les accords conclus entre entreprises ne relèvent pas uniquement du droit de la concurrence national, mais également de l'article 81 CE, notamment parce qu'ils peuvent affecter le commerce entre les États membres au sens de cette disposition.

23. Depuis l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003 [20], il est même expressément interdit aux autorités nationales de la concurrence et aux juridictions nationales d'appliquer dans de tels cas de manière isolée leur droit national. En revanche, selon l'article 3 du règlement nº 1/2003, il y a lieu d'appliquer à de tels cas l'article 81 CE parallèlement au droit national de la concurrence [21] et, à cet égard, il y a lieu de tenir compte des prescriptions de rang supérieur du droit communautaire, en ce compris les règlements existants en matière d'exemption par catégories [22].

24. D'autre part, le droit national de la concurrence en vigueur dans de nombreux

17 — Arrêts du 18 octobre 1990, Dzodzi (C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763, points 34 à 36); du 8 novembre 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003, points 19 à 25); du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161, points 24 à 27) et Giloy (C-130/95, Rec. p. I-4291, points 20 à 23); du 11 janvier 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Rec. p. I-207, points 20 à 22); du 17 mars 2005, Feron (C-170/03, Rec. p. I-2299, point 11), et du 16 mars 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Rec. p. I-2505, points 14 et 15); voir, également, arrêt du 7 janvier 2003, BIAO (C-306/99, Rec. p. I-1, points 88 à 90).

18 — Voir, en ce sens, arrêts précités à la note 17 Dzodzi (point 37), Leur-Bloem (point 32), Giloy (point 28), Kofisa Italia (point 32) et Poseidon Chartering (point 16).

19 — Arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a. (14/68, Rec. p. 1, point 3); dans le même sens, arrêts du 10 juillet 1980, Giry et Guerlain e.a. (253/78 et 1/79 à 3/79, Rec. p. 2327, point 15); du 16 juillet 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, Rec. p. I-4785, point 11), et du 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791, point 19).

20 — Le règlement nº 1/2003 a modernisé les règles relatives à la mise en œuvre des articles 81 CE et 82 CE et impliqué davantage les autorités et les juridictions nationales dans l'application du droit communautaire de la concurrence; voir, à ce sujet, les sixième, septième et quinzième considérants du règlement nº 1/2003 ainsi que les articles 5 et 6 de celui-ci.

21 — Article 3, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003.

22 — En ce sens, voir article 3, paragraphe 2, première phrase, du règlement nº 1/2003.

États membres se réfère aux dispositions pertinentes du droit communautaire, et ce même pour des situations purement internes. Tel était déjà le cas dans le passé et cette tendance pouvait à nouveau s'observer tout récemment après l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003.

25. Une telle orientation à la lumière du droit communautaire se manifeste également dans les dispositions du droit espagnol de la concurrence pertinentes en l'espèce: ainsi, comme l'indique la juridiction de renvoi, l'article 1er, paragraphe 1, de la loi nº 16/1989 (loi sur la protection de la concurrence) reflète clairement les termes utilisés à l'article 81, paragraphe 1, CE. De la même manière, le décret royal nº 157/1992 avait pour objectif, selon son préambule [23], d'aligner le droit interne et le droit communautaire dans leur domaine de compétence respectif [24]. La référence expresse que fait l'article 1er, paragraphe 1, sous b), du décret royal au droit de la concurrence de la Communauté en vigueur à ce moment-là, dans la forme du règlement nº 1984/83, devrait dès lors être prise en compte également dans ce contexte [25].

26. C'est précisément en raison du fait qu'une disposition du droit national de la concurrence qui fait référence à un règlement communautaire d'exemptions par catégories peut s'appliquer isolément ou parallèlement aux dispositions de droit communautaire, qu'il est particulièrement important que le droit communautaire en cause soit interprété et appliqué de manière uniforme. Il convient d'éviter des divergences dans l'interprétation d'une même disposition du droit communautaire, selon que, dans un cas, elle ne s'applique que de manière indirecte (par le biais d'un renvoi du droit national) ou que, dans un autre cas, elle s'applique directement (en raison du fait que le cas entre dans le champ d'application non seulement du droit national, mais également de l'article 81 CE).

27. À la lumière des considérations qui précèdent, une juridiction nationale peut interroger la Cour au titre de l'article 234 CE dans le cadre de l'interprétation d'une disposition de droit communautaire de la concurrence telle que la réglementation sur

23 — Le deuxième alinéa du préambule du décret royal nº 157/1992 énonçait en substance: «Compte tenu du temps qui s'est écoulé depuis l'entrée en vigueur [de la loi sur la protection de la concurrence] il est recommandé d'introduire dans notre ordre juridique l'exemption de tels accords qui en droit communautaire font déjà l'objet d'une exemption selon la même technique normative, lorsqu'elle relève de son champ d'application. Ainsi, on peut concilier l'ordre juridique interne et le droit communautaire dans leur domaine de compétence respectif [...]».

24 — Il en va d'ailleurs de même du décret royal nº 378/2003 ayant abrogé et remplacé le décret royal nº 157/1992: les quatrième et cinquième considérants du préambule du décret royal nº 378/2003 soulignent, en substance, la nécessité de concilier la situation juridique nationale en matière d'exemptions par catégories et le droit communautaire et de tenir compte des modifications significatives au niveau communautaire, notamment l'adoption du règlement nº 2790/1999.

25 — Contrairement à ce qu'affirme CEPSA, le présent cas d'espèce se distingue ainsi de manière fondamentale de l'affaire Kleinwort Benson, dans laquelle il manquait en droit national une référence comparable et, par ailleurs, des dérogations expresses aux réglementations en vigueur au niveau communautaire étaient autorisées (arrêt du 28 mars 1995, C-346/93, Rec. p. I-615, et notamment les points 16 à 19; dans cette affaire, c'était la convention de Bruxelles qui était en cause). Par ailleurs, il appartient toutefois au seul juge national d'apprécier la portée exacte d'un renvoi du droit national au droit communautaire (voir arrêt Dzodzi, points 41 et 42, et Leur-Bloem, point 33, précités à la note 17).

les exemptions par catégories prévues dans le règlement nº 1984/83, même si cette disposition ne devait s'appliquer que de manière indirecte, à savoir en raison d'un renvoi que fait le droit national, et pour une situation purement interne [26].

Pertinence ratione temporis d'une réponse à la question posée

28. Toutefois, dans le présent cas d'espèce, la Commission exprime un doute quant à la pertinence d'une réponse en raison du fait qu'entre-temps le règlement nº 1984/83 a été remplacé par le règlement nº 2790/1999 et que, par conséquent, l'interprétation de celui-ci ne présente qu'un faible intérêt pratique pour l'affaire au principal.

29. Toutefois, cet argument ne nous convainc pas non plus. En effet, ainsi que nous l'avons déjà expliqué [27], il est de jurisprudence constante qu'il appartient aux seules juridictions nationales d'apprécier, à la lumière des particularités du cas d'espèce, tant la nécessité de déférer une question préjudicielle avant de rendre leurs décisions que le caractère indispensable de la question posée à la Cour. La Cour ne peut rejeter la demande d'une juridiction nationale *que s'il est manifeste* que l'interprétation demandée par la juridiction nationale n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ou que la question est de nature générale ou hypothétique et que la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre utilement aux questions qui lui sont posées. Sauf en de telles hypothèses, la Cour est, en principe, tenue de statuer sur les questions préjudicielles portant sur l'interprétation du droit communautaire.

30. Dans le présent cas d'espèce, il n'est pas du tout *manifeste* que la question posée par le Tribunal Supremo manquerait de pertinence en raison du fait qu'entre-temps le règlement nº 1984/83 n'est plus en vigueur. En effet, il est discuté devant la juridiction espagnole si, en 1997, la procédure introduite à la suite de la plainte de la Confederación pouvait être classée. Il semble qu'il n'est pas inapproprié de considérer la légalité d'une décision de classement rendue en 1997 également à la lumière du droit en vigueur à l'époque, à savoir le décret royal nº 157/1992 et le règlement nº 1984/83 auquel celui-ci fait référence.

31. Indépendamment de cela, il appartient bien entendu à la Cour de donner à la juridiction nationale tous les éléments relatifs à l'interprétation du droit communautaire qui pourraient lui être nécessaires pour trancher le litige dont elle est saisie. Elle peut dès lors également examiner dans son arrêt des dispositions de droit communautaire que

26 — Voir, une nouvelle fois, la jurisprudence citée à la note 17.

27 — Voir ci-dessus, au point 19, ainsi que la jurisprudence citée aux notes 15 à 17.

la juridiction de renvoi n'a pas mentionnées dans sa question préjudicielle [28]. Par conséquent, la Cour est libre de compléter sa réponse à la question relative à l'interprétation du règlement nº 1984/83 par des indications concernant l'article 81 CE et le règlement nº 2790/1999 [29], sans que toutefois la recevabilité de la demande de décision préjudicielle du Tribunal Supremo en soit affectée.

La présentation du cadre factuel dans la décision de renvoi

32. La Commission déplore en outre l'absence d'une présentation détaillée du cadre factuel du litige au principal.

33. Selon la jurisprudence de la Cour, une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse dans sa décision de renvoi le cadre factuel (et juridique) dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles reposent ses questions [30]. Ces explications doivent également donner aux gouvernements des États membres ainsi qu'aux parties intéressées la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice [31]. À cet égard, il y a lieu de tenir compte du fait que seules les décisions de renvoi sont notifiées aux parties intéressées [32].

34. C'est en particulier dans le domaine de la concurrence qui est souvent caractérisé par une grande complexité qu'une présentation précise du cadre factuel (et juridique) est nécessaire [33]. Il est vrai que la Cour ne devrait pas, en particulier dans ce domaine, poser des exigences excessivement strictes en matière de rédaction des décisions de renvoi par les juges nationaux pour ne pas les empêcher, en pratique, de déférer d'éven-

28 — Jurisprudence constante, voir arrêts du 2 février 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, dit «Clinique» (C-315/92, Rec. p. I-317, point 7); du 22 janvier 2004, COPPI (C-271/01, Rec. p. I-1029, point 27); du 7 septembre 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573, point 38), et du 23 février 2006, Keller Holding (C-471/04, Rec. p. I-2107, point 26).

29 — Voir, à cet effet, points 38 à 74 des présentes conclusions.

30 — Arrêts du 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90 à C-322/90, Rec. p. I-393, point 6); du 13 avril 2000, Lehtonen et Castors Braine (C-176/96, Rec. p. I-2681, point 22); du 17 février 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Rec. p. I-1167, point 22); du 6 décembre 2005, ABNA e.a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, Rec. p. I-10423, point 45), et du 23 mars 2006, Enirisorse (C-237/04, Rec. p. I-2843, point 17) ainsi que les références citées.

31 — Arrêts du 1^er avril 1982, Holdijk e.a. (141/81 à 143/81, Rec. p. 1279, point 6); Lehtonen et Castors Braine (précité à la note 30, point 23); ABNA e.a. (précité à la note 30, point 47) et Enirisorse (précité à la note 30, point 18), ainsi que les ordonnances du 30 juin 1997, Banco de Fomento e Exterior (C-66/97, Rec. p. I-3757, point 8); du 28 juin 2000, Laguillaumie (C-116/00, Rec. p. I-4979, point 14); du 8 octobre 2002, Viacom I (C-190/02, Rec. p. I-8287, point 14), et du 11 février 2004, Cannito e.a. (C-438/03, C-439/03, C-509/03 et C-2/04, Rec. p. I-1605, point 8).

32 — Arrêts Holdijk e.a. (précité à la note 31, point 6), Lehtonen et Castors Braine (précité à la note 30, point 23) et Enirisorse (précité à la note 30, point 18) ainsi qu'ordonnances Banco de Fomento e Exterior (précitée à la note 31, point 8), Laguillaumie (précitée à la note 31, point 14), Viacom I (précitée à la note 31, point 14) et Cannito e.a. (précité à la note 31, point 8).

33 — Arrêts Lehtonen et Castors Braine (précité à la note 30, point 22) et Viacom Outdoor (précité à la note 30, point 23) ainsi qu'ordonnances du 19 mars 1993, Banchero (C-157/92, Rec. p. I-1085, point 5), Laguillaumie (précitée à la note 31, point 19) et Viacom I (précitée à la note 31, point 22).

tuelles demandes de décision préjudicielle. En effet, l'importance de la coopération judiciaire entre les juridictions nationales et la Cour a plutôt augmenté que diminué à l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003 [34]. Or, parallèlement, pareille coopération exige également des juridictions nationales de faire preuve d'un soin particulier dans la rédaction de leurs décisions de renvoi en matière de droit de la concurrence [35].

35. Il est certain que les faits de l'affaire au principal n'ont été exposés dans la décision de renvoi du Tribunal Supremo que de manière très succincte. C'est la raison pour laquelle la Commission soutient à juste titre qu'un exposé complet doit également contenir des précisions quant à la propriété du combustible livré par CEPSA [36] ainsi que des indications quant à la prise en charge des frais de transport et des dépenses d'investissement nécessaires pour la commercialisation de celui-ci. De plus, il aurait été souhaitable d'avoir des informations relatives à la durée de vie du combustible livré dans les réservoirs des stations-service de CEPSA.

36. Toutefois, nonobstant ces insuffisances, nous considérons que les indications contenues dans la décision de renvoi sont suffisantes pour comprendre de quoi il s'agit dans l'affaire au principal. En effet, l'analyse des faits concrets ne relève pas des tâches de la Cour, mais bien du juge national [37]. La Cour doit uniquement donner à la juridiction de renvoi des indications quant à l'interprétation des dispositions de droit communautaire pertinentes [38]. À cette fin, dans le cas d'espèce, la description du cadre factuel de l'affaire au principal est suffisante.

Conclusion intermédiaire

37. Par conséquent, la demande de décision préjudicielle est recevable.

B — *Appréciation du contenu de la question préjudicielle*

1. Remarques introductives

38. Ce qui est contesté dans l'affaire au principal, c'est de savoir si une autorité espagnole de la concurrence a classé à juste titre l'enquête relative aux contrats conclus par CEPSA et plus précisément le prix de vente final imposé aux stations d'essence

34 — Voir, à cet égard, également note 20 ci-dessus.

35 — Voir également, à propos de l'ensemble, nos conclusions du 28 octobre 2004 dans l'affaire Viacom Outdoor (précitée à la note 30, point 42).

36 — Par souci de simplicité, nous n'utiliserons ci-dessous que la notion de combustible; toutefois, les explications exposées ici s'appliquent également à d'autres carburants.

37 — Arrêts du 15 novembre 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Rec. p. 3439, point 12); du 19 janvier 2006, Bouanich (C-265/04, Rec. p. I-923, point 54); du 23 février 2006, CLT-UFA (C-253/03, Rec. p. I-1831, points 35 et 36), et du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941, point 69); en des termes similaires, voir arrêt du 3 juillet 1985, Binon (243/83, Rec. p. 2015, point 21).

38 — Arrêts Gmurzynska-Bscher (précité à la note 17, point 21); du 1er avril 1993, Hewlett Packard France (C-250/91, Rec. p. I-1819, point 9), et du 6 octobre 2005, MyTravel (C-291/03, Rec. p. I-8477, point 43).

qu'elle fournit. C'est sur cet arrière-plan qu'il convient d'apprécier la question posée à la Cour. Par cette question, le Tribunal Supremo aimerait savoir en substance si les articles 10 à 13 du règlement nº 1984/83 appliqués aux contrats de stations-service visent, en tant que contrats de commission ou d'agence, les accords tels qu'ils existent habituellement entre CEPSA et les exploitants de stations-service qu'elle fournit.

39. De tels contrats ne peuvent tomber sous le coup du règlement nº 1984/83 que s'ils contiennent des *accords entre entreprises* [39] visés par l'article 81, paragraphe 1, CE (anciennement article 85, paragraphe 1, du traité). En effet, le règlement nº 1984/83 comprend une réglementation d'exemption par catégories au sens de l'article 81, paragraphe 3, CE (anciennement article 85, paragraphe 3, du traité), par laquelle l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE est, sous certaines conditions, déclarée inapplicable à des groupes d'accords entre entreprises qui y sont définis de manière plus précise.

40. Avant de prendre position sur le règlement nº 1984/83, il y a donc lieu de vérifier au préalable si les contrats de commissions et/ou d'agences [40], que CEPSA conclut avec les stations-service qu'elle fournit, entrent ou non dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE.

2. Applicabilité de l'article 81, paragraphe 1, CE aux agents commerciaux: analyse de la notion d'accords entre entreprises

41. L'article 81, paragraphe 1, CE, ne s'applique pas uniquement à des accords horizontaux entre opérateurs situés au même stade de production ou de distribution; au contraire, cette disposition vise également les accords verticaux entre opérateurs situés à des stades différents du processus économique [41].

42. Les contrats d'agents commerciaux concernent une telle relation verticale et c'est la raison pour laquelle ils relèvent en principe de l'article 81, paragraphe 1, CE. Toutefois, cela ne vaut que si, outre le commettant, l'agent est lui aussi considéré comme entrepreneur et donc qu'il existe un accord entre deux entreprises indépendantes.

39 — L'article 81, paragraphe 1, CE vise également les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées. Ces deux possibilités ne jouent aucun rôle en l'espèce, en sorte que nous ne les examinerons pas ci-dessous.

40 — Par souci de simplicité, nous n'utiliserons ci-dessous que la notion d'agent; toutefois, les observations formulées ici s'appliquent également aux commissionnaires.

41 — Arrêts du 30 juin 1966, Société technique minière (56/65, Rec. p. 337); du 24 octobre 1995, Volkswagen et VAG Leasing (C-266/93, Rec. p. I-3477, point 17), et du 28 avril 1998, Javico (C-306/96, Rec. p. I-1983, point 11); voir, par ailleurs, arrêts du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission (56/64 et 58/64, Rec. p. 429), ainsi que du 13 juillet 1966, Italie/Conseil et Commission (32/65, Rec. p. 563: «On ne saurait distinguer là où le traité ne distingue pas»).

43. La notion d'entreprise, au sens du droit de la concurrence, comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique et du mode de financement de cette entité [42]; à cet égard, constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné [43]. Là où opèrent des agents commerciaux, il convient de distinguer deux marchés: d'une part, le marché dans lequel l'agent commercial offre ses services d'intermédiaire à des commettants potentiels et, d'autre part, le marché dans lequel il offre à des clients potentiels les marchandises ou les services du commettant [44].

a) La position des agents commerciaux sur le marché des services d'intermédiaire

44. En ce qui concerne tout d'abord leurs prestations de services d'intermédiaire, les agents commerciaux sont en règle générale des opérateurs économiques indépendants et, par conséquent, des entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE. Les clauses d'un contrat d'agence commerciale dans lesquelles un commettant transmet à son agent commercial la gestion exclusive de certains clients ou de certains secteurs (clause de représentation exclusive) ou dans lesquelles, en revanche, il est interdit à un agent d'agir pour des entreprises concurrentes (clauses de non-concurrence) doivent par conséquent s'apprécier à la lumière de l'article 81 CE [45]. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence, elle aussi, semble s'orienter d'après cette disposition, dans la mesure où il s'agit d'un agent qui opère pour plusieurs commettants [46] ou qui travaille en partie pour un commettant et en partie pour son propre compte [47].

45. Si l'on transpose cela au présent cas d'espèce, alors les clauses d'achat exclusif, telles que celles présentes dans les contrats de stations-service de CEPSA, doivent être considérées comme des accords au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE. En effet, par celles-ci, les exploitants s'obligent à ne vendre que des carburants de CEPSA. Dès lors, ils ne peuvent agir pour d'autres entreprises pétrolières, tout comme en cas de clauses de non-concurrence. Toutefois, selon les critères établis par les règlements d'exemption par catégories (règlement nº 1984/83 et/ou règlement nº 2790/1999), ils peuvent être exemptés de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE.

42 — Jurisprudence constante; arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21); du 18 juin 1998, Commission/Italie (C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36); du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, Rec. p. I-289, point 107), Enirisorse (précité à la note 30, point 28), et du 11 juillet 2006, FENIN/Commission (C-205/03 P, Rec. p. I-6295, point 25).

43 — Arrêts du 16 juin 1987, Commission/Italie (118/85, Rec. p. 2599, point 7); du 18 juin 1998, Commission/Italie (précité à la note 42, point 36); Cassa di Risparmio di Firenze (précité à la note 42, point 108); Enirisorse (précité à la note 30, point 29), et FENIN/Commission (précité à la note 42, point 25).

44 — Il en va de même du marché dans lequel le commettant se fournit avec un produit donné.

45 — Voir, également, communication de la Commission du 24 mai 2000, intitulée «Lignes directrices sur les restrictions verticales» (JO C 291, p. 1, point 19).

46 — C'est en ce sens qu'il faut probablement comprendre les points 20 et 21 de l'arrêt du 1er octobre 1987, VVR (311/85, Rec. p. 3801); dans un sens similaire, voir arrêt Binon (précité à la note 37, notamment points 20 et 21).

47 — Voir arrêts du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, notamment points 544 à 547), ainsi que Volkswagen et VAG Leasing (précité à la note 41, point 19).

b) La position de l'agent commercial sur le marché des produits de son commettant

46. En revanche, un agent commercial, même s'il est juridiquement indépendant, ne peut tout simplement pas être considéré comme un entrepreneur au sens de l'article 81 CE, dans la mesure où les opérations qu'il accomplit pour son commettant sont concernées, à savoir dans la mesure où il s'agit de la vente des marchandises ou des services du commettant par le biais de cet agent sur le marché des produits en cause. Dès lors, on ne peut apprécier simplement à l'aune de l'article 81 CE ou des règles d'exemption par catégories en vigueur en droit communautaire des accords conclus entre un agent et son commettant qui contiennent des obligations relatives à la vente de ses marchandises ou de ses services, telles que celles concernant le prix de vente final. Ce n'est que si l'agent commercial exerce sur le marché des produits et des services du commettant ses activités économiques de manière indépendante, sans former avec celui-ci une unité économique, que l'article 81 CE et les règles d'exemption par catégories peuvent trouver application.

i) Répartition des risques entre l'agent et son commettant (distinction entre les vrais et les faux agents commerciaux)

47. La caractéristique d'un entrepreneur est qu'il supporte, en tant qu'opérateur économique indépendant, les risques afférant à ses activités. Par conséquent, il est déterminant de savoir si l'agent commercial supporte les risques du contrat négocié par lui ou si ces risques sont mis à charge du commettant [48].

48. Si un agent commercial ne supporte aucun risque lié au contrat qu'il a négocié pour le commettant, alors on peut considérer qu'il s'agit d'un *vrai agent commercial*. Les obligations telles que la fixation des prix de vente à l'utilisateur final que le commettant impose à son agent pour la gestion des affaires ne sont en fait que le revers de l'obligation générale de l'agent de veiller aux intérêts du commettant et de se conformer aux instructions raisonnables de celui-ci [49]. Dans ce cas, l'agent commercial n'est pas un opérateur économique indépendant (entrepreneur) en dépit de son autonomie juridique, sur le marché des produits en cause; en revanche, son statut sur ce marché ressemble davantage à celui d'un employé [50] ou d'un auxiliaire du commettant ou encore d'une filiale [51]. L'agent devient dans cette

48 — Voir, en ce sens, arrêts Suiker Unie e.a./Commission (précité à la note 47, points 538 à 542, et notamment point 541) et Volkswagen et VAG Leasing (précité à la note 41, point 19). Voir, également, lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (citées à la note 45, point 13) ainsi que communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce (JO 1962, 139, p. 2921, section I).

49 — Voir, à ce sujet, directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (JO L 382, p. 17), et notamment l'article 3 de celle-ci, ainsi que communication de la Commission relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce (citée à la note 48, section II).

50 — Voir, en ce sens, arrêt du 16 septembre 1999, Becu e.a. (C-22/98, Rec. p. I-5665, point 26).

51 — Voir, à ce sujet, arrêt du 24 octobre 1996, Viho/Commission (C-73/95 P, Rec. p. I-5457, points 15 à 17).

mesure un auxiliaire du commettant et est intégré en tant que tel à l'entreprise de celui-ci [52]. En ce qui concerne la commercialisation des produits du commettant, ces deux acteurs forment une unité économique et font preuve sur ce marché d'un comportement uniforme [53].

49. En revanche, si les risques financiers liés au contrat négocié par l'agent sont assumés, au moins en partie, par celui-ci, alors il s'agit d'un *faux contrat d'agence* dans lequel la position de l'agent se rapproche de celle d'un intermédiaire qui agit pour son propre compte (qualifié également de négociant indépendant). Dans ce cas, l'agent doit être considéré comme étant lui-même un opérateur sur le marché des marchandises et des services de son commettant et, dès lors, les accords qu'il a conclus avec son commettant en ce qui concerne les détails de gestion doivent être appréciés à la lumière de l'article 81 CE [54].

50. Il convient de noter au passage qu'à l'audience — contrairement à ce qu'elle exposait encore dans ses observations écrites — la Commission a défendu la thèse que l'agent devait toujours être considéré comme un entrepreneur au sens de l'article 81 CE. Cet argument n'est pas convaincant. En effet, une telle approche aurait pour conséquence que — contrairement à la définition habituelle [55] — l'intermédiaire devrait être considéré comme entrepreneur, même s'il n'exerçait sur le marché des produits pertinent aucune activité économique indépendante, n'y supportait aucun risque et n'y faisait en revanche qu'exécuter les ordres de son commettant, par exemple en ce qui concerne le prix de vente final pour les produits et les services de celui-ci [56].

51. Toutefois, ce problème purement dogmatique n'a en fin de compte que peu d'intérêt pratique pour répondre à la question posée à la Cour. En définitive, la Commission considère, elle aussi, que c'est de la répartition des risques entre l'agent commercial et son commettant en ce qui

52 — L'arrêt Volkswagen et VAG Leasing (précité à la note 41) ne devrait pas être interprété en ce sens que l'intégration de l'agent dans l'entreprise de son commettant ou la prise en charge des risques commerciaux par ce dernier constituent *deux critères distincts l'un de l'autre*. Certes, selon le point 19 dudit arrêt: «des représentants ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant *et* opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant» (nous soulignons). Toutefois, dans le marché dans lequel les produits du commettant sont vendus, tant l'intégration de l'agent dans l'entreprise du commettant que la prise en charge des risques commerciaux par ce dernier constituent deux faces de la même médaille. Les arrêts dans lesquels une importance particulière a été accordée à l'intégration de l'agent concernaient à cet égard moins le marché des produits du commettant que le marché des services fournis par l'agent qu'il y a lieu de distinguer du premier (voir, à ce sujet, points 44 et 45 des présentes conclusions).

53 — Voir, en ce sens, arrêt Suiker Unie e.a./Commission (précité à la note 47, points 539, 541, 542) et arrêt du Tribunal du 15 septembre 2005, DaimlerChrysler/Commission (T-325/01, Rec. p. II-3319, points 85, 86 et 88). Voir, en outre, lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (citées à la note 45, point 13) ainsi que communication de celle-ci relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce (citée à la note 48).

54 — Arrêts Suiker Unie e.a./Commission (précité à la note 46, points 541 et 542), Volkswagen et VAG Leasing (précité à la note 41, point 19) et DaimlerChrysler/Commission (précité à la note 53, point 87).

55 — Voir ci-dessus, point 43 des présentes conclusions.

56 — À ce sujet, il y a un manque de clarté dans les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (citées à la note 45, point 15), dans lesquelles le vrai agent commercial est certes décrit comme une entreprise distincte, mais en même temps l'exercice d'une activité économique indépendante ne lui est pas reconnu.

concerne les affaires réalisées par son intermédiaire que dépend l'illégalité éventuelle, en vertu de l'article 81 CE, des clauses qu'il a convenues avec le commettant, notamment sur le prix de vente final. Il est donc sans intérêt si la répartition desdits risques sert déjà de fondement pour apprécier la qualité d'entrepreneur de l'agent ou si, ainsi que semble le soutenir la Commission, elle ne doit jouer un rôle que pour apprécier le caractère anticoncurrentiel de l'accord conclu entre le commettant et son agent. Dans les deux variantes, la répartition des risques permet de répondre à la question de savoir si l'interdiction prévue à l'article 81 CE ainsi que les éventuelles exceptions prévues dans les règles d'exemption par catégories trouvent application ou non.

ii) Critères pour apprécier la répartition concrète des risques entre l'agent et le commettant

52. C'est une appréciation globale de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, relevant de la compétence du juge national [57], qui permet de déterminer si l'agent supporte le risque financier des activités exercées pour le commettant ou si ce risque est mis à charge du commettant lui-même. Toutefois, il appartient à la Cour de lui donner des orientations quant à l'interprétation du droit communautaire, afin de lui faciliter la décision dans l'affaire au principal [58].

53. À ce sujet, ce qui est déterminant est moins une approche formelle qui se fonde sur la qualification de l'intermédiaire en tant qu'agent, commissionnaire, concessionnaire ou représentant exclusif, mais bien plutôt une appréciation économique de son rôle dans le cadre des relations commerciales en cause. À cet effet, la Cour ne peut fournir au juge national une liste exhaustive de critères, mais uniquement indiquer quels critères permettent habituellement, dans un cas tel que celui de l'espèce, de conclure à une répartition des risques entre les parties en cause [59].

54. Dans ce contexte, deux types de risques sont pertinents: d'une part, le *risque spécifique aux produits* pour les marchandises du commettant et, d'autre part, le *risque à l'investissement spécifique à l'opération* pour la vente de ses produits.

55. Le *risque spécifique aux produits* comprend la prise en charge des frais de transport et de stockage de marchandises, la responsabilité pour les dommages causés par ces marchandises ainsi que le risque de ne pas trouver d'acheteur pour celles-ci (risque commercial).

56. Le point de départ de l'appréciation de ce risque spécifique aux produits devrait être

57 — Voir, à ce sujet, la jurisprudence citée à la note 37.

58 — Voir, à ce sujet, la jurisprudence citée à la note 38.

59 — Voir, en ce sens, les lignes directrices sur les restrictions verticales (citées à la note 45, points 16 et 17).

la question de la propriété des biens à vendre [60]. Si, ainsi que le prétend CEPSA, les biens restent dans la propriété du commettant jusqu'à ce qu'ils soient acquis par un tiers, cela indique que le risque demeure également auprès de ce dernier. En revanche, si la propriété est transférée à l'agent plus tôt, cela tend à montrer que celui-ci supporte également le risque lié audit bien. Dans le cas d'espèce, on sait uniquement que les exploitants de stations-service reprennent les risques des combustibles, dès que ceux-ci sont versés dans leurs réservoirs. On peut en conclure en tout cas que les exploitants de stations-service se trouvent dans une situation comparable à celle d'un propriétaire et cela tend à démontrer qu'ils supportent déjà le risque spécifique au produit avant que le combustible ne soit vendu à l'utilisateur final.

57. Outre la question de propriété, la question des coûts de transport peut également avoir des conséquences sur le risque spécifique au produit [61]. Dans toute la mesure où l'agent est impliqué dans les coûts de transport, il supporte également le risque lié au bien. À cet égard, la décision de renvoi ne contient aucune indication. Toutefois, CEPSA soutient qu'elle prend en charge elle-même la totalité des coûts de transport et que ces derniers ne sont pas mis à charge des exploitants des stations-service qu'elle fournit. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier cette affirmation. À cet égard, il convient notamment de s'assurer qu'en pratique les frais de transport ne soient pas non plus répercutés de manière *indirecte* sur les exploitants au moyen de la rémunération due à CEPSA pour le carburant. Ce n'est que si les affirmations de CEPSA sur les frais de transport devaient, à l'issue d'un tel examen, s'avérer exactes que l'on peut en déduire que, dans cette mesure, le risque spécifique au produit repose sur elle et non sur les exploitants des stations-service.

58. Il y a lieu d'examiner en outre qui supporte les coûts d'entreposage des biens et qui est responsable des dommages éventuels aux produits ou causés par les produits à des tiers [62]. La juridiction de renvoi indique uniquement que les exploitants de stations-service doivent répondre, vis-à-vis de CEPSA ou de tiers, de toute perte, contamination ou mélange que la marchandise pourrait subir, ainsi que des dommages qui pourraient être causés de ce fait. En revanche, il n'est pas clair de savoir qui supporte les coûts de stockage du combustible et si l'exploitant de stations-service doit répondre des dégâts éventuels indépendamment de sa propre faute ou si, ainsi que le prétend CEPSA, il ne répond que de sa propre faute [63]. Si c'est l'exploitant des stations-service qui doit supporter les coûts de stockage du combustible et répondre des dommages indépen-

60 — Ibidem, point 16.

61 — Ibidem, point 16, premier tiret.

62 — Ibidem, point 16, troisième et sixième tirets; en ce qui concerne l'entreposage des produits, voir également la communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce (citée à la note 48, section I).

63 — En tout état de cause, l'affirmation de CEPSA — contestée par la Confederación — selon laquelle aucun cas de responsabilité ne se serait encore posé est dépourvue de pertinence. Ce qui est déterminant pour apprécier la relation commerciale existant entre CEPSA et les exploitants de stations-service qu'elle fournit est simplement de savoir qui doit répondre du risque de dommages éventuels, et non pas si ce risque s'est déjà réalisé par le passé.

damment d'une faute, alors cela plaide en faveur de la thèse selon laquelle il supporte le risque spécifique au produit.

59. Enfin, il importe également de savoir qui prend à sa charge le risque commercial des marchandises du commettant, à savoir le risque de ne pas trouver d'acheteur pour ses produits [64]. À ce sujet, la juridiction de renvoi précise simplement que les exploitants de stations-service sont tenus de payer le combustible à CEPSA neuf jours après livraison et qu'ils perçoivent de CEPSA au même moment la commission qui leur revient. Une telle règle qui ne se fonde pas directement sur les quantités de combustible effectivement vendues au cours d'une période donnée, indique que les exploitants de stations-service supportent en tout cas une partie du risque commercial et qu'ils sont donc traités comme des négociants indépendants.

60. Il y aurait lieu d'apprécier le risque commercial différemment si le temps d'écoulement des stocks livrés par CEPSA ne dépassait en aucun cas le délai de neuf jours [65], et donc si le carburant n'était jamais stocké plus de neuf jours auprès des stations-service et qu'il était déjà entièrement vendu au moment du décompte avec CEPSA. En effet, dans un tel cas, les paiements des exploitants à CEPSA ne constitueraient qu'un transfert des revenus perçus par l'agent commercial pour les affaires qu'il a conclues pour le commettant, sans que, dans cette mesure, l'exploitant supporte le risque commercial. À cet égard, devant la Cour, la Confederación et CEPSA ont décrit et apprécié les faits dans des sens différents.

61. De même, le risque commercial resterait auprès de CEPSA si un exploitant avait la possibilité *réaliste* d'exclure du paiement à CEPSA la partie du carburant livré [66] qui n'est pas encore vendue à des tiers au moment du décompte avec CEPSA, en sorte qu'il n'y aurait lieu de payer dans le délai des neuf jours que le carburant effectivement vendu au client final [67]. Toutefois, la Confederación a affirmé à la Cour à ce sujet que le système de décompte pratiqué par CEPSA ne prévoyait pas de telles déductions des sommes dues neuf jours après la livraison du carburant et que celles-ci étaient par ailleurs difficiles à mettre en œuvre pour des raisons fiscales. Il appartient au juge national de vérifier cela.

64 — Voir également les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (précitées à la note 45, point 16, troisième et septième tirets).

65 — Dans ce contexte, il ne serait pas suffisant de décrire le temps d'écoulement moyen des stocks de carburant livrés par CEPSA à l'ensemble des stations-service, car cette durée peut varier fortement suivant la situation et l'importance des stations-service et le nombre de clients.

66 — À savoir la part du carburant livré par CEPSA que les stations-service ne pouvaient vendre dans le délai de neuf jours entre la livraison par CEPSA et le décompte fait avec cette dernière. Un sursis des paiements dus à CEPSA pour le carburant non vendu jusqu'au moment de leur vente effective à l'utilisateur final aurait déjà pour effet que le risque commercial demeure ainsi auprès de CEPSA.

67 — À ce sujet, il n'est ni utile ni réaliste que le carburant non vendu soit rendu physiquement à CEPSA et qu'il fasse l'objet d'un nouveau transport.

62. En ce qui concerne les risques provenant des opérations conclues par l'intermédiaire de l'agent, il y a, outre le risque spécifique au produit examiné ci-dessus, également le *risque d'investissement spécifique à l'opération*. On vise par là notamment les investissements d'infrastructures (en ce qui concerne les stations-service, il s'agit par exemple de l'acquisition des réservoirs de carburant) et la publicité liée à la vente des produits du commettant [68]. Dans la mesure de l'importance des coûts que l'agent supporte, ce dernier participe également au risque que présentent pour le commettant de telles opérations. La décision de renvoi manque totalement d'éléments à ce sujet. À cet égard, il appartient à la juridiction de renvoi de procéder aux constatations nécessaires.

63. Globalement, dans le présent cas d'espèce, il n'y a pas lieu d'exclure que les critères précités tenant au risque spécifique au produit et au risque d'investissement spécifique à l'opération donnent une image brouillée. Il y a lieu de rappeler à cet égard que ces critères constituent uniquement des points de référence relatifs à la répartition du risque entre l'agent et son commettant. Ce qui est déterminant, c'est, ainsi que nous l'avons dit, l'appréciation globale de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

64. Même si l'agent supporte déjà simplement une partie des coûts précités et/ou des obligations, sa situation se rapproche de celle d'un commissionnaire en sorte qu'il ne peut plus être considéré comme formant une unité économique avec son commettant, mais en tant qu'entrepreneur indépendant agissant sur le marché pour ses produits; en revanche, si l'agent commercial ne supporte aucun risque lié aux opérations réalisées par son intermédiaire, il peut alors être considéré comme étant un vrai agent commercial qui est simplement un auxiliaire de son commettant [69]. Il devrait également en aller ainsi si l'agent commercial est impliqué au risque précité d'une manière tout à fait insignifiante [70]. En effet, d'un point de vue économique, il n'y a aucune différence à ce qu'un agent commercial ne supporte *pas* les risques des opérations réalisées par son intermédiaire, ou qu'il ne les supporte que *de manière tout à fait insignifiante.*

65. Par ailleurs, dans le cadre du présent examen, le *risque de commission* est dépourvu de pertinence. En effet, il est conforme à l'image type des activités de l'agent commercial que sa rémunération dépende en tout ou en partie de ses propres prestations, et notamment du nombre ou de la valeur des affaires réalisées par son intervention [71]. C'est la raison pour laquelle l'agent supporte habituellement le risque de

68 — Voir lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (citées à la note 45, point 16, deuxième et cinquième tirets). L'arrêt du 7 décembre 2000, Neste (C-214/99, Rec. p. I-11121, point 34), souligne l'importance des investissements effectués dans le domaine des accords de stations-service aux fins de l'adaptation du point de vente à l'image de la marque distribuée.

69 — Arrêts Volkswagen et VAG Leasing (précité à la note 41, point 19) et DaimlerChrysler/Commission (précité à la note 53, point 87); voir également lignes directrices sur les restrictions verticales (citées à la note 45, points 15 et 17).

70 — Voir, en ce sens, lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (citées à la note 45, points 15 et 17).

71 — Article 6, paragraphe 2, de la directive 86/653. Voir, également, lignes directrices sur les restrictions verticales (citées à la note 45, points 15, dernière phrase, et 16, septième tiret).

commission, qu'il s'agisse d'un vrai ou d'un faux agent commercial.

iii) Conséquences de la répartition des risques pour l'appréciation en droit de la concurrence des fixations de prix prévues dans des accords de stations-service

66. Dans la mesure où l'examen de la répartition du risque a pour conséquence que les exploitants de stations-service fournis par CEPSA agissent pour elle en tant que vrais agents commerciaux et forment donc avec elle une unité économique, les clauses en cause dans les accords de stations-service ne sont pas du tout visées par l'article 81 CE, en raison de l'absence d'accords entre entreprises indépendantes et, par conséquent, ne tombent pas non plus dans le champ d'application des réglementations d'exemption par catégories en vertu du règlement nº 1984/83 et/ou du règlement nº 2790/1999. Les prix d'achat final fixés dans ces accords et les autres dispositions ne peuvent dès lors pas être examinés à la lumière de ces dispositions [72].

67. En revanche, s'il y a lieu de qualifier les exploitants de stations-service en raison du risque qu'ils supportent en tant que faux agents commerciaux et/ou concessionnaires et donc en tant qu'opérateurs économiques indépendants, alors il convient d'apprécier les accords de stations-service à la lumière de l'article 81 CE, en ce compris des dispositions des réglementations d'exemption par catégories pertinentes.

68. Pour être complet, il convient encore de préciser ce qui suit en ce qui concerne ce dernier cas:

69. Il convient de noter tout d'abord que l'article 81 CE et ainsi d'éventuelles réglementations d'exemption par catégories ne concernent que des accords entre entreprises qui ont pour finalité ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Il est de jurisprudence constante [73] qu'à cet effet il y a lieu de tenir compte non seulement du contrat d'agence commerciale pris de manière isolée, mais également de l'ensemble du contexte économique et juridique dans lequel se situe ce contrat. Il y a lieu de tenir compte notamment du fait qu'un contrat individuel ensemble avec d'autres contrats de même nature peuvent avoir des effets cumulés sur la concurrence. C'est la raison pour laquelle il y a lieu d'examiner quels effets a un tel contrat en lien avec un «faisceau» d'autres contrats de même nature sur les possibilités des concurrents nationaux ou étrangers

72 — Voir, également, lignes directrices sur les restrictions verticales (citées à la note 45, points 15, dernière phrase, et 18, notamment troisième tiret).

73 — Arrêts du 12 décembre 1967, Brasserie De Haecht (23/67, Rec. p. 544, 555 et 556); Suiker Unie e.a./Commission (précité à la note 47, point 549); du 28 février 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935, notamment points 13 à 15 et 19 et 20); du 30 avril 1998, Cabour (C-230/96, Rec. p. I-2055, point 50) et Neste (précité à la note 68, notamment points 25 à 27).

d'entrer sur le marché pertinent ou d'augmenter leur participation dans ce marché.

70. Dans la mesure où le droit national fait simplement référence au droit communautaire pour des faits se présentant sur le territoire national, il n'est pas pertinent de savoir si les accords de stations-service litigieux sont aptes à affecter le commerce intracommunautaire [74]. De même, dans un tel cas, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets qu'ont des accords de stations-service sur le marché commun, mais bien les effets sur le marché pertinent en vertu du droit espagnol de la concurrence.

71. Enfin, en ce qui concerne les réglementations d'exemption par catégories au sens de l'article 81, paragraphe 3, CE, il convient de noter que le règlement nº 1984/83 a été abrogé par le règlement nº 2790/1999 avec effet au 1er juin 2000. Un délai de transition allant jusqu'au 31 décembre 2001 a été prévu pour les accords qui étaient déjà en vigueur au 31 mai 2000 et qui remplissaient les conditions d'une exemption au titre du règlement nº 1984/83, mais non celles au titre du règlement nº 2790/1999.

72. La question de savoir quelle est, pour la période commençant le 1er juillet 2000, la portée de la référence que fait l'article 1er, paragraphe 1, sous b), du décret royal nº 157/1992 au règlement nº 1984/83 constitue une question de droit interne dont l'appréciation appartient exclusivement au juge national [75].

73. En tout état de cause, ni l'ancienne réglementation d'exemption par catégories au titre du règlement nº 1984/83 ni la nouvelle réglementation au titre du règlement nº 2790/1999 n'exemptent de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE les accords de stations-service qui imposent aux exploitants des stations-service la fixation d'un prix pour l'utilisateur final [76]. Une telle exemption ne peut pas non plus se déduire de ces règlements au moyen d'une interprétation extensive [77]. À cela s'ajoute, en ce qui concerne la nouvelle réglementation d'exemption par catégories au titre du règlement nº 2790/1999, que celle-ci ne s'applique pas, selon son article 3, au-delà d'un seuil de marché de 30 %.

74 — L'atteinte au commerce entre les États membres ne joue un rôle que si le droit communautaire devait trouver directement application (et non simplement de manière indirecte par un renvoi au droit national); en ce qui concerne l'obligation d'appliquer éventuellement de manière parallèle le droit communautaire et le droit national, voir article 3, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003; en ce qui concerne l'atteinte au commerce entre États membres, voir, par ailleurs, arrêts du 28 janvier 1986, Pronuptia (161/84, Rec. p. 353, point 26), et du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089, points 47 et suiv., et notamment point 48), ainsi que communication de la Commission intitulée «Lignes directrices relatives à la notion d'affection du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité» (JO 2004, C 101, p. 81).

75 — Voir arrêts Dzodzi (points 41 et 42) et Leur-Bloem (point 33), précités à la note 17.

76 — En ce qui concerne le règlement nº 2790/1999, cela résulte expressément de son article 4, paragraphe 1, sous a). Il en va de même du champ d'application du règlement nº 1984/83 à partir d'une appréciation d'ensemble de ses articles 10 à 13 concernant les accords sur les stations-service qui autorisent certes, par exemple, des accords d'achat exclusif [voir, notamment, articles 10 et 11, sous a)], mais qui ne prévoient pas de fixations de prix (voir début de l'article 11: «On ne peut imposer au revendeur aucune restriction de la concurrence que l'obligation prévue à l'article 10 [...]»).

77 — Voir, en ce sens, arrêts du 24 octobre 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Rec. p. I-3439, point 28), et Cabour (précité à la note 73, point 30).

VI — Conclusion

74. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit à la question du Tribunal Supremo:

«1) Les accords d'achat exclusif entre une entreprise pétrolière et des exploitants de stations-service qu'elle fournit, dans lesquels ceux-ci sont tenus de distribuer exclusivement les combustibles et carburants de celle-ci doivent être appréciés à la lumière de l'article 81 CE, même si la relation contractuelle entre l'entreprise pétrolière et l'exploitant de stations-service prenait la forme d'un contrat de commission ou d'agence commerciale.

Depuis le 1er juin 2000, de tels accords peuvent être autorisés selon les termes du règlement (CE) nº 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 de pratiques concertées.

Avant cela, de tels accords pouvaient être exemptés de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (à présent, l'article 81, paragraphe 1, CE), selon les critères prévus au règlement (CEE) nº 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article [81], paragraphe 3 du traité CE à des catégories d'accords d'achat exclusif.

2) Des accords entre des entreprises pétrolières et des exploitants des stations-service qu'elles fournissent, dans lesquels ces derniers se voient imposer des conditions en termes de prix de vente final et des obligations en matière de procédure, de vente et de distribution des combustibles et carburants de cette entreprise pétrolière, doivent être appréciés à la lumière de l'article 81 CE si les exploitants des stations-service vendent ces combustibles et ces carburants pour leur propre compte à des tiers ou s'ils sont au moins tenus de supporter, dans une mesure qui n'est pas totalement insignifiante, les risques liés à la vente aux tiers, en tant que commissionnaires ou agents commerciaux.

Dans les mêmes conditions, de tels accords peuvent, depuis le 1er juin 2000, être appréciés dans les mêmes conditions à la lumière du règlement nº 2790/1999 et, auparavant, ils pouvaient s'apprécier à la lumière du règlement nº 1984/83.»