

CONCURRENCE

Le droit à la paresse ? « Essential facilities », version française

par Laurent Richer

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

L'ESSENTIEL

Apparue dans le droit anti-trust américain, la théorie des « facilités » essentielles y est assortie de conditions restrictives qui permettent de parer à ses effets et sa transposition dans le droit communautaire de la concurrence s'est accompagnée de précautions comparables. Le droit français de la concurrence n'a pas fait preuve de la même mesure ; sous l'influence du droit des télécommunications, les autorités de la concurrence donnent à la notion une portée très large, qui paraît difficilement acceptable.

La théorie dite des « facilités essentielles » (qu'on francisera avantageusement en « moyens essentiels ») présente toutes les apparences du paradoxe en ce que, au nom de la concurrence, elle peut avoir pour effet de décourager l'initiative. En effet, une entreprise qui investit dans la recherche ou les infrastructures pour se doter d'un avantage concurrentiel légitime peut se trouver, à terme, obligée de mettre à la disposition de concurrents les moyens chèrement acquis. Certes, l'investisseur initial est, le plus souvent, en position dominante et n'est pas victime d'une confiscation, la mise à disposition de son bien n'est pas gratuite ; mais les conditions d'accès doivent être raisonnables, c'est-à-dire encadrées.

L'intérêt supérieur de la concurrence fait donc peser sur la propriété une obligation d'affectation et, sur la libre volonté, une obligation de contracter. Ce type de restriction apportée aux libertés économiques n'a guère plus guère, mais il est permis de s'inquiéter d'éventuelles conséquences négatives pour l'investissement. Si les candidats à l'entrée sur un marché peuvent contraindre les entreprises en place à leur céder la jouissance de leurs moyens, pourquoi feraient-ils des efforts ? Un équilibre délicat doit être trouvé, une proportionnalité respectée (1).

Compte tenu de ce risque, la notion de moyens essentiels devrait être utilisée avec mesure. Pourtant, de migration en migration, elle paraît en voie d'acquiescer une dangereuse vitalité.

(1) C'est ce que relève J.-T. Lang, directeur à la DG IV : « If access to an existing facility is ordered too easily, the incentive for competition to set up a competing facility is reduced, and competition is lessened in the long term by trying to increase it in the short term » (J.-T. Lang « Defining Legitimate Competition : Companies Duties To Supply Competitors And Access To Essential Facilities », *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Transnational Juris Publications*, 1995, p. 277). Encore plus énergiquement, un autre auteur souligne que : « the over-zealous or inappropriate application of the essential facilities doctrine carries the risk of enormous damage to the system of dynamic incentives to economic efficiency on which economic and technical progress relies » (D. Ridyard « Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC Competition Law » *ECLR*, 1996 (8) 438).

I - Deux modèles

La théorie des moyens essentiels est apparue dans la jurisprudence des juridictions fédérales et de la Cour Suprême aux Etats-Unis, principalement dans des affaires de « Sherman Act II », c'est-à-dire d'abus de position dominante ; mais la jurisprudence américaine a une conception restrictive de la théorie. De son côté, la Commission européenne, gardienne de la concurrence, lui a donné une plus grande place, alors que la Cour de justice s'est montrée plus réservée et n'a, d'ailleurs, jamais utilisé l'expression « facilités essentielles » qui est apparue pour la première fois dans la jurisprudence avec l'arrêt du Tribunal de première instance du 15 septembre 1998, *European Night Services*, où est donnée une définition de l'« infrastructure » essentielle (2).

En France, la DGCCRF et les autorités de la concurrence se sont emparées de la théorie avec un enthousiasme un peu inquiétant dans la mesure où l'on peut se demander s'il ne marque pas la résurgence des gènes dirigistes. Le problème est que dans cette opération la jurisprudence française a pris pour modèle non pas tant la notion de « moyens essentiels » issue du droit de la concurrence que celle qui est utilisée dans le droit des télécommunications. Or, dans le droit des télécommunications et, plus largement dans le droit communautaire des réseaux, la notion d'infrastructure essentielle apparaît comme le fondement, l'idée directrice de règles imposées par la législation communautaire et nationale en vue de permettre l'accès des tiers aux réseaux et non comme une notion juridique précise. De la sorte, les conditions posées par les juges de la concurrence ont en grande partie disparu, faisant ainsi peser le risque de dérives et d'effets pervers.

La nécessité de délimiter le champ d'application de la théorie des moyens essentiels est apparue clairement aux juges américains, qui ont été les premiers à l'utiliser, à partir d'une

(2) V. Europe, nov. 1998, Comm. n° 377 ; le paragraphe n° 209 de l'arrêt énonce que des entreprises « ne sauraient être considérées comme étant en possession d'infrastructures, de produits ou de services « indispensables » ou « essentiels » pour l'accès au marché pertinent que si ces infrastructures, produits ou services ne sont pas « interchangeables » et que, en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable repris à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents ».

décision de la Cour suprême de 1912 (3). La jurisprudence américaine, et c'est en soi digne d'être noté, est peu abondante. Elle porte surtout sur des cas de position dominante (même si la notion de « moyens essentiels » peut être utilisée, à titre préventif, dans le cas d'entente) et elle décide qu'un nouvel entrant peut revendiquer le droit d'utiliser le moyen détenu par un autre opérateur s'il est vraiment essentiel, ce qui signifie que « as the word « essential » indicates, a plaintiff must show more than inconvenience, or even some economic loss, he must show that an alternative is not feasible » (4).

Mais, cette jurisprudence intervient dans un contexte bien défini, qui suppose réunies trois conditions :

- 1) le détenteur du moyen essentiel est en position dominante sur un marché (et cela fréquemment grâce à ce moyen essentiel) ;
- 2) la non-disposition du moyen essentiel empêche l'arrivée d'un nouvel entrant sur le marché dérivé ;
- 3) le détenteur du moyen essentiel intervient sur un marché dérivé (« downstream market ») où il est en compétition avec d'autres entreprises.

En posant cette dernière condition d'intervention sur un marché dérivé la jurisprudence limite *a priori* la force d'expansion de la théorie, de sorte que la prise de risque et les efforts d'investissement des entreprises sur le marché principal ne sont pas découragés.

Cette règle de délimitation a été respectée lors de la transplantation en Europe de la législation anti-trust américaine. La pratique communautaire a donné à la notion de « moyens essentiels » un plus grand développement que la jurisprudence américaine, ce qui peut s'expliquer, selon J.-T. Lang (*op. cit.*, p. 281) par la place des entreprises publiques et autres titulaires de droits spéciaux, mais la Commission, notamment dans quelques décisions connues sur l'accès aux infrastructures portuaires (5), de même que la Cour (6), qui ne se réfère pas expressément à la notion, n'examinent la question de savoir si le nouvel entrant n'a pas d'autre alternative pour entrer sur le marché que d'utiliser les moyens du dominant que dans le cas où la concurrence intervient sur un marché dérivé (7).

Derrière cette restriction se trouve, au fond, l'idée que le détenteur de l'infrastructure essentielle ne peut être contraint d'y donner accès que si lui-même se comporte en tiers vis-à-

vis de cette infrastructure, montrant ainsi que l'utilisation sur le marché dérivé ne compromet pas l'activité sur le marché principal. Cette restriction permet de fonder une pratique équilibrée de la théorie des moyens essentiels dans le droit de la concurrence, sans que cela empêche le législateur communautaire et national de reprendre à son compte l'idée qui est à la base de la théorie pour en tirer des conséquences plus étendues en termes de droit d'accès, donc de limitation des libertés économiques.

II - Banalisation

Dans leurs premières applications de la doctrine des moyens essentiels, les autorités françaises de la concurrence ont respecté cet équilibre ; mais, par la suite, la différence entre la théorie juridique et l'idée générale a été perdue de vue.

Les autorités françaises de la concurrence se sont référées à plusieurs reprises à la théorie des « facilités » (sic) essentielles, aussi bien à propos de produits (comme par exemple l'annuaire Télécom) qu'à propos d'infrastructures. Quelques exemples, relatifs à ces dernières, témoignent de l'évolution de la jurisprudence.

Dans l'affaire *Héli-inter* (8), le Conseil de la concurrence se réfère à la théorie des installations essentielles et cela en s'inspirant expressément des principes qui sous-tendent les textes sur les télécoms ; mais, en dépit de cette référence, on en reste à une stricte application à un cas d'intervention sur un marché aval. En effet, *Héli-Inter* est titulaire d'une concession pour l'exploitation d'une hélistation sur le domaine public. L'hôpital attribue un marché de transport sanitaire à Jet System qui l'a emporté sur *Héli-inter* pour l'attribution de ce service de transport. *Héli-inter* ne consent l'accès à l'hélistation que dans des conditions très onéreuses, ce qui est sanctionné. L'arrêt de la cour d'appel confirme la solution et reprend l'expression d'« infrastructure essentielle ». En ce cas, il est clair que le détenteur de l'infrastructure essentielle est intervenu sur un marché aval.

Mais, par la suite, l'analyse du marché a été un peu perdue de vue. La Cour d'appel de Paris a relevé qu'EDF a abusé de sa position dominante vis-à-vis des producteurs autonomes de pointe pour la disposition d'« infrastructures essentielles nécessaires à la commercialisation de l'énergie » (9), étant noté que, selon la cour, le marché de référence est « celui de l'électricité ». Une autre décision concerne l'attribution d'un contrat de délégation de service public. La Cour d'appel de Paris, statuant sur une demande de mesure conservatoire, a jugé que constituent des « ressources essentielles » les installations de production d'eau potable, propriété de la Lyonnaise des Eaux et utilisées par elle pour alimenter des communes, alors même que le marché était celui de la distribution, qui n'est pas distingué de celui de la production (10).

Dans toutes ces affaires l'utilisation de la notion de « moyens essentiels » est beaucoup plus laxiste que dans la

(3) United States v. Terminal Railroad Association 224, U. S. 383 (1912) ; cf. J.-S. Venit et J.-J. Kallagher « Essential facilities : a Comparative Law approach », *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Transnational Juris Publications, 1995, p. 315 s.

(4) US 9th Circuit Court of Appeals, 29 oct. 1991, *Alaska Airlines*, 948F2d536, <http://laws.findlaw.com>.

(5) 11 juin 1992, *B & I Line, v. Sealink* Bull. n° 6, paragr. n° 1.3.30, décision qui emploie pour la première fois l'expression « facilité essentielle », 21 déc. 1993, *Port de Rodby*, JOCE L, 26 févr. 1994/52 ; 21 déc. 1993, *Holyhead Harbor*, JOCE L, 18 janv. 1994/8.

(6) CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-241/91, *Magill*, D. 1996, Jur. p. 218 ; Dalloz Affaires 1996, p. 844 ; CJCE, 26 nov. 1998, aff. C-7/97, *Bronner*, D. 1999, IR p. 24.

(7) Cf. F. Weingarten, La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire, CIEG 1998, p. 461.

(8) Décis. n° 96-D-51, 3 sept. 1996, BOCCRF, 8 janv. 1997, p. 3 ; CA Paris, 9 sept. 1997, BOCCRF, 7 sept. 1997, p. 692 ; Dalloz Affaires 1997, p. 1416.

(9) CA Paris, 27 janv. 1998, AJDA 1998, p. 435 ; Dalloz Affaires 1998, p. 326, obs. A. M.

(10) CA Paris, 29 juin 1998, BOCCRF, 16 juill. 1998, p. 393.

théorie d'origine, au point de vue de l'analyse du marché. Ce n'est, évidemment, pas une inadvertance. L'explication a, en fin de compte, été donnée à propos de l'accès au réseau câblé de France Télécom.

Le Conseil de la Concurrence (11) décide que « la circonstance que France Télécom ne serait pas concurrente de NC Numeri Câble sur le marché de l'exploitation commerciale des sites concernés n'a pas à être prise en considération pour déterminer si l'accès à l'infrastructure possédée par France

Télécom sur ces sites est essentiel pour que NC Numeri Câble puisse les exploiter ». La cour d'appel a confirmé cette décision par un arrêt du 15 mars 1999 (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293) : dès lors que le concurrent ne dispose d'aucune autre solution économiquement viable, l'infrastructure de l'opérateur dominant est essentielle, sans autre condition.

La question posée par cette conception extensive du « moyen essentiel » est simple : un juge peut-il aller aussi loin que les auteurs d'une directive communautaire ou d'une loi nationale dans la restriction au droit de propriété et à la liberté contractuelle, et cela sur la base d'une théorie aussi floue et difficile à appliquer ? ■

(11) Décis. n° 99-MC-01, 12 janv. 1999, BOCCRF, 27 avr. 1999.

FIN DES CHRONIQUES DU VOLUME DE 1999

JURISPRUDENCE

Philippe Keston, Bernard Jannoulet, Hervé Le Néaou, Frédéric Bucher, Yves Guyon, Bernard Bouloc.

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• L'ordonnance n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).

• La loi n° 1987-13 du 13 mars 1987, dite loi sur la liberté d'expression, a-t-elle été modifiée par la loi n° 1997-13 du 13 mars 1997, dite loi sur la liberté d'expression ? (BOCCRF, 3 juin 1999, p. 293).