

Droits exclusifs et abus automatique : un exemple dans le domaine énergétique

Introduction

En vertu de l'article 106, paragraphe 1, TFUE, les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, notamment celles prévues à l'article 102 TFUE, lequel interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces deux dispositions s'adressent, pour la première, aux États membres et, pour la seconde, aux entreprises.

Or, les États membres peuvent, par l'attribution d'un droit spécial ou exclusif, imposer ou favoriser un abus de position dominante d'une entreprise ou en renforcer ses effets. Cette hypothèse est d'une importance particulière dans le domaine énergétique où les anciens opérateurs historiques, en situation de position dominante, se sont vu confier des droits spéciaux ou exclusifs, en raison de leur situation monopolistique, ainsi que de leur importance économique et stratégique.

Toutefois, l'article 102 TFUE s'adressant aux entreprises, il ne peut pas s'appliquer directement à des mesures étatiques qui confèrent des droits exclusifs ou spéciaux à des entreprises, dont l'usage peut conduire à des comportements anticoncurrentiels.

Afin de réduire cette tension existant dans les champs d'application respectifs des dispositions en cause, l'appréciation de la compatibilité, par rapport aux dispositions de l'article 102 TFUE, de telles mesures étatiques, appelle un élargissement du cadre juridique de l'analyse, en l'occurrence, par une application combinée de cet article avec l'article 106, paragraphe 1, TFUE.

Se pose, toutefois, la question de savoir si une telle application combinée nécessite l'identification préalable d'un abus de position dominante, comme le requiert la mise en œuvre isolée de l'article 102 TFUE.

C'est d'ailleurs la question à laquelle ont été confrontés le Tribunal, puis la Cour, dans le cadre de la contestation par l'opérateur électrique historique grec d'une décision de la Commission faisant application de ces dispositions.

En effet, fondée en 1950, DEI, société détenue par l'État grec, bénéficiait, jusqu'à l'ouverture du secteur à la concurrence du droit exclusif de produire, de transporter et de fournir de l'électricité en Grèce. Toutes les centrales électriques grecques fonctionnant au lignite appartenaient à DEI. Les réserves de ce minerai étaient estimées à 4 500 millions de tonnes environ. *De facto*, l'exploitation des ressources grecques de lignite étaient réservées à DEI et

¹ Seul le prononcé fait foi. Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient.

les producteurs d'électricité concurrents se voyaient refuser l'accès à des ressources abondantes et inexploitées de ce minerai ².

Après avoir été saisie d'une plainte et à la suite de plusieurs échanges avec la République hellénique, la Commission a adopté, le 5 mars 2008, une décision, par laquelle elle a constaté que l'octroi et le maintien de la licence exclusive d'exploration et d'exploitation du lignite en faveur de DEI étaient contraires à l'article 106, paragraphe 1, TFUE, lu en combinaison avec l'article 102 TFUE (décision C(2008) 824 final, ci-après la « décision de 2008 »). Pour parvenir à cette conclusion, la Commission a relevé que ces droits créaient une situation d'inégalité des chances entre les opérateurs économiques en ce qui concerne l'accès aux combustibles primaires aux fins de la production d'électricité et permettaient à la DEI de maintenir ou de renforcer sa position dominante en Grèce sur le marché de gros de l'électricité, en excluant toute nouvelle entrée sur ce marché ou en y faisant obstacle.

Le 4 août 2009, la Commission a adopté une seconde décision, instituant des mesures spécifiques pour remédier aux effets anticoncurrentiels de l'infraction recensés dans la décision de 2008 (décision C(2009) 6244 final, ci-après la « décision de 2009 »). Elle exigeait notamment (i) d'accorder des droits d'exploitation de certains gisements, par appels d'offres, à d'autres entités que DEI, à moins qu'aucune autre offre sérieuse ne fut soumise, (ii) d'interdire aux détenteurs de droits d'exploitation de ces gisements de vendre le lignite extrait à DEI, à moins qu'aucune autre offre d'achat sérieuse ne fut soumise, et ce tant que DEI détiendrait les droits d'exploitation de plus de 60 % de l'ensemble des réserves de lignite concédées à des fins d'exploitation en Grèce, (iii) de lancer une nouvelle procédure d'attribution des droits d'exploitation d'un gisement particulier.

C'est dans ces conditions que DEI a saisi le Tribunal de recours contre les décisions de 2008 et de 2009 de la Commission (affaires T-169/08 et T-421/09).

I- Le Tribunal écarte l'application de la théorie de l'abus automatique

Dans le contexte du recours de DEI contre la décision de 2008, le Tribunal a dû trancher la question de savoir si, dans le cadre de l'application combinée des articles 102 et 106, paragraphe 1, TFUE, le constat de l'octroi de droits exclusifs par une mesure nationale permet automatiquement de relever l'existence d'un abus, en raison de l'inégalité des chances entre opérateurs qu'elle induit, ou s'il est nécessaire, à cet effet, d'identifier un abus de l'entreprise concernée. Cette seconde position a eu la préférence du juge de première instance.

Il a, en effet, considéré que, en constatant simplement que DEI continuait à maintenir une position dominante sur le marché de gros de l'électricité grâce à l'avantage que lui donne l'accès privilégié au lignite et que cette situation crée une inégalité des chances sur ce marché entre la requérante et les autres entreprises, la Commission n'a ni identifié ni établi à suffisance de droit à quel abus, au sens de l'article 102 TFUE, la mesure étatique en cause a amené ou pouvait amener DEI.

Partant, dans deux arrêts du 20 septembre 2012, DEI/Commission, le Tribunal a annulé la décision de 2008 ³, ainsi que par, voie de conséquence, la décision de 2009 ⁴.

² Plus précisément, DEI s'est vu attribuer par l'État grec des droits d'exploration et des droits d'exploitation pour 2 200 millions de tonnes. 85 millions de tonnes de réserves appartenaient en outre à des personnes privées. Dans des gisements publics, des droits d'exploration et des droits d'exploitation avaient été conférés à d'autres personnes privées à hauteur de 220 millions de tonnes, ces gisements approvisionnant, en partie, les centrales électriques de DEI. Aucun droit d'exploitation n'avait été attribué pour environ 2 000 millions de tonnes.

³ Arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission, T-169/08, EU:T:2012:448.

⁴ Arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission, T-421/09, non publié, EU:T:2012:450.

En exigeant l'identification d'un tel abus, le Tribunal a remis en cause la position historiquement adoptée par la Cour, s'apparentant, en substance, à la doctrine dite de l'abus automatique.

A- La doctrine de l'abus automatique

Selon cette doctrine, également appelée de la présomption d'abus, les États membres, par les mesures qu'ils prennent, ne doivent pas placer les opérateurs sur un marché dans une situation telle qu'ils seraient amenés nécessairement à abuser d'une situation de monopole ou de droits exclusifs ou spéciaux⁵. Tel est le cas si cette mesure induit une rupture d'égalité avec les concurrents de cette entreprise, en raison du comportement de l'État membre.

En d'autres termes, selon cette doctrine, l'abus est caractérisé s'il est établi que les mesures étatiques faussent la concurrence en créant une inégalité des chances entre les opérateurs économiques, en faveur de l'entreprise titulaire de droits exclusifs ou spéciaux.

Cette doctrine permet de dispenser la Commission d'examiner le comportement de l'entreprise, dès lors que, pour constater un abus, il suffit de démontrer que l'entreprise dispose d'une position dominante sur un marché (de son fait ou à l'initiative de l'État membre) et que la mesure édictée par l'État membre conduit à l'exploitation abusive de cette position, en créant une inégalité des chances entre opérateurs.

B- La position historique de la Cour

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 106, paragraphe 1, TFUE n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 102 TFUE⁶.

Néanmoins, la Cour estime également, de longue date, qu'un État membre enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits spéciaux ou exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus⁷.

C'est ainsi que, comme l'avocat général Léger le relevait⁸, la Cour a opté très tôt pour l'application de la théorie de l'abus automatique.

C- Le Tribunal refuse la théorie de l'abus automatique

Quoiqu'il en soit, de son côté, le Tribunal a clairement fermé la porte, dans son arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission⁹, à la doctrine de l'abus automatique, en exigeant de la Commission qu'elle identifie l'existence d'un abus réel ou potentiel de la position dominante d'une entreprise sur le marché.

⁵ Pour un exemple d'une telle définition au niveau national, voir Autorité française de la concurrence, avis n°10-A-10 du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé. Voir également, OCDE, 14 février 2011, « La justification de la pratique par l'existence d'une réglementation - France », document DAF/COMP/WP2/WD(2011)2.

⁶ Voir, par exemple, arrêts du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, point 16, et du 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, EU:C:2006:208, point 23.

⁷ Voir, par exemple, arrêts du 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, EU:C:1991:161, point 29, et du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, EU:C:2001:577, point 39. Voir, pour une application par le juge national, Conseil d'Etat français, 8 novembre 1996, n° 122644, FR:CESJS:1996:122644.19961108.

⁸ Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, EU:C:1999:516, point 87.

⁹ Arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission, T-169/08, EU:T:2012:448.

La justification de cette position du Tribunal n'apparaît pas très nettement à la lecture de l'arrêt du Tribunal.

La circonstance que l'impossibilité pour les autres opérateurs économiques d'avoir accès aux gisements de lignite encore disponibles ne pouvait être imputée à DEI, qui s'est limitée à exploiter les gisements sur lesquels elle détenait les droits, peut être un élément qui a été pris en compte¹⁰ par le Tribunal afin d'exiger que soit identifié un abus réel de sa part pour conclure à une violation de l'article 106, paragraphe 1, TFUE en lien avec l'article 102 TFUE.

Le Tribunal semble également avoir pris en compte le fait que, dans sa jurisprudence, la Cour, après avoir rappelé que le simple fait de créer ou de renforcer une position dominante, par une mesure étatique au sens de l'article 106, paragraphe 1, TFUE, n'est pas en tant que tel incompatible avec l'article 102 TFUE, a vérifié dans chaque cas d'espèce si l'entreprise en cause pouvait être amenée, par le simple exercice du droit exclusif ou spécial conféré par la mesure étatique, à exploiter sa position dominante de façon abusive¹¹. À cet égard, il faut cependant noter que, ainsi que le relève l'avocat général Wathelet si, « dans certaines affaires, la Cour mentionne ou identifie bien des conséquences abusives probables, c'est uniquement dans le but d'identifier des effets anticoncurrentiels susceptibles de résulter de la mesure étatique, dans la mesure où celle-ci n'était pas jugée contraire aux dispositions combinées des articles 106, paragraphe 1, TFUE et 102 TFUE »¹².

C'est ainsi que le Tribunal déduit de sa lecture¹³ de la jurisprudence que « l'abus de position dominante de l'entreprise jouissant d'un droit exclusif ou spécial peut soit résulter de la possibilité d'exercer ce droit de manière abusive, soit être une conséquence directe de ce droit » et estime qu'« il ne ressort pas de cette jurisprudence que le seul fait que l'entreprise en cause se trouve dans une situation avantageuse par rapport à ses concurrentes, en raison d'une mesure étatique, constitue en soi un abus de position dominante »¹⁴.

L'arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission¹⁵ du Tribunal pouvait donc être vu comme mettant fin à la doctrine de l'abus automatique.

II- mais confirmée par la Cour.

Saisie de deux pourvois par la Commission (C-553/12 P et C-554/12 P), la Cour va prendre le contre-pied du Tribunal et réaffirmer, dans un arrêt du 10 juillet 2014, Commission/DEI¹⁶, que la doctrine de l'abus automatique est admise en droit de l'Union, en écartant donc la nécessité, pour la Commission, de démontrer un abus de position dominante de l'entreprise concernée, dans le cadre de l'application conjointe des articles 102 et 106, paragraphe 1, TFUE.

En effet, la Cour rappelle d'emblée la jurisprudence, ancienne et constante, selon laquelle un État membre enfreint les interdictions édictées à l'article 106, paragraphe 1, TFUE, lu en combinaison avec l'article 102 TFUE, lorsqu'il prend une mesure législative, réglementaire ou administrative, qui crée une situation dans laquelle une entreprise publique ou une

¹⁰ Arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission, T-169/08, EU:T:2012:448, point 39.

¹¹ Arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission, T-169/08, EU:T:2012:448, point 95.

¹² Conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire Commission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2013:807, point 62.

¹³ Cette lecture pourrait être considérée comme partielle, dès lors que, si le Tribunal se réfère à la jurisprudence de la Cour, il ne reprend pas la précision usuelle selon laquelle « il n'est pas nécessaire qu'un abus se produise réellement » que l'on trouve, par exemple, dans l'arrêt du 12 février 1998, Raso e.a., C-163/96, EU:C:1998:54, point 31, ou l'arrêt du 1er juillet 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, point 49.

¹⁴ Arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission, T-169/08, EU:T:2012:448, point 103.

¹⁵ Arrêt du 20 septembre 2012, DEI/Commission, T 169/08, EU:T:2012:448.

¹⁶ Arrêt du 17 juillet 2014, Commission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083.

entreprise à laquelle il a conféré des droits spéciaux ou exclusifs est amenée, par le simple exercice des droits privilégiés qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus. La Cour rappelle aussi dans ce contexte qu'il n'est pas nécessaire qu'un abus se produise réellement¹⁷.

Partant, la Cour confirme qu'il y a violation des articles 102 et 106, paragraphe 1, TFUE lorsqu'une mesure imputable à un État membre crée un « risque » d'abus de position dominante¹⁸.

Il peut donc y avoir violation de ces dispositions combinées indépendamment de tout abus réel. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire, pour la Commission, de démontrer un tel abus de la part de l'entreprise bénéficiant de droits exclusifs.

Pour justifier cette position, la Cour rappelle, à nouveau, qu'un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. Elle en déduit que si l'inégalité des chances entre les opérateurs économiques, et donc la concurrence faussée, est le fait d'une mesure étatique, une telle mesure constitue une violation de l'article 106, paragraphe 1, TFUE, lu en combinaison avec l'article 102 TFUE¹⁹.

Partant, afin d'identifier une violation des articles 102 et 106, paragraphe 1, TFUE, il suffit que la Commission identifie une conséquence anticoncurrentielle, potentielle ou réelle, susceptible de résulter d'une mesure étatique en cause. Il n'est, en revanche, pas nécessaire d'identifier un abus autre que celui qui résulterait de la situation créée par cette mesure²⁰.

La Cour a pris le soin de préciser qu'une telle violation peut être constatée « lorsque les mesures étatiques en cause affectent la structure du marché en créant des conditions inégales de concurrence entre les entreprises, en permettant à l'entreprise publique ou à l'entreprise à laquelle ont été octroyés des droits spéciaux ou exclusifs de maintenir, par exemple en entravant de nouvelles entrées sur ce dernier, de renforcer ou d'étendre sa position dominante sur un autre marché restreignant ainsi la concurrence, et ce sans qu'il soit requis de prouver l'existence d'une pratique abusive réelle »²¹.

La création d'une inégalité des chances entre opérateurs économiques est donc le critère central de l'application combinée des articles 102 et 106, paragraphe 1, TFUE. Par cette position, la Cour préserve l'effet utile d'une telle application combinée de ces dispositions. En effet, s'il était exigé d'établir un comportement abusif concret au sens du seul article 102 TFUE, l'intérêt de procéder à une application combinée de ces dispositions pourrait être réduit à sa portion congrue : le recours au seul article 102 TFUE permettrait, en effet, de constater le comportement anticoncurrentiel en cause (sans prendre en compte cependant le fait qu'il est permis par une mesure étatique).

En conclusion, la Cour casse l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-169/08²², dès lors qu'il exigeait de la Commission qu'elle identifie l'existence d'un abus réel ou potentiel de la position dominante d'une entreprise sur le marché. Elle casse, également, par voie de conséquence, l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-421/09²³.

¹⁷ Arrêt du 17 juillet 2014, Commission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, point 41.

¹⁸ Arrêt du 17 juillet 2014, Commission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, point 42.

¹⁹ Arrêt du 17 juillet 2014, Commission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, points 43 et 44.

²⁰ Arrêt du 17 juillet 2014, Commission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, point 46.

²¹ *Idem*.

²² Arrêt du 17 juillet 2014, Commission/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083

²³ Arrêt du 17 juillet 2014, Commission/DEI, C-554/12 P, EU:C:2014:2085

Conclusion

Au regard de la jurisprudence développée par la Cour depuis les années 90, la pérennité de l'évolution proposée par le Tribunal dans l'arrêt DEI semblait particulièrement incertaine. Si la position stricte de la Cour se justifie, en ce qu'elle permet de maintenir l'effet utile d'une application combinée des articles 102 et 106, paragraphe 1, TFUE, il n'en demeure pas moins que la doctrine de l'abus automatique implique une présomption d'abus, pouvant être éloignée de la réalité économique. Une inflexion de cette ligne de jurisprudence, plutôt qu'un revirement, pourrait cependant être envisagée. Ainsi qu'il a pu être suggéré²⁴, une solution intermédiaire aurait pu être trouvée dans la théorie de l'extension de position dominante. Celle-ci trouve ses fondements dans la jurisprudence des années 90 et consiste à qualifier d'abus l'extension injustifiée de la position dominante. En d'autres termes, selon cette doctrine, une mesure étatique qui provoque l'extension d'une position dominante sur un marché a des effets semblables à ceux produits par un abus de cette position dominante.

Il est, enfin, à noter que, après renvoi devant le Tribunal, ce dernier a validé la décision de 2008, rejetant, en particulier les griefs concernant la définition du marché en cause, ainsi que l'absence d'une situation d'inégalité des chances au détriment des nouveaux concurrents²⁵. Il a, également, validé la décision de 2009, confirmant, notamment, que les mesures imposées étaient nécessaires, proportionnées, et ne portaient pas atteinte au principe de liberté contractuelle²⁶.

²⁴ Laurence Idot, *Europe* n°10, octobre 2014, comm. 401

²⁵ Arrêt du 15 décembre 2016, DEI/Commission, T-169/08 RENV, EU:T:2016:733.

²⁶ arrêt du 15 décembre 2016, DEI/Commission, T-421/09 RENV, EU:T:2016:748.