

Public et privé : l'absence de préjugé *

Antoine WINCKLER

Avocat

RÉSUMÉ. — Le présent article analyse les effets de l'application du **droit européen** sur la séparation des sphères publiques et privées. De façon très spectaculaire, ce droit a abouti à la fois à limiter très nettement la **souveraineté** des États sur leurs services publics et des acteurs économiques privés sur leurs droits de propriété. La logique du marché et de l'**intérêt** économique général prime désormais sur l'**autonomie** des personnes publiques ou privées.

INTRODUCTION

Il est peu question de la distinction entre Public et Privé dans le Traité de Rome. Tout au plus, l'article 222 dispose-t-il que « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres. » Que recouvre cette curieuse absence de préjugé ¹□?

L'article 222 du Traité de Rome, en consacrant en apparence la neutralité du droit communautaire à l'égard du titulaire du droit de propriété, traduit le refus des rédacteurs du Traité de prendre parti dans le débat opposant à la fin des années 50 les disciples de l'économie de marché à ceux de l'économie planifiée libérale. Ils ont préféré laisser aux

* L'auteur remercie Caroline Levi pour son aide précieuse lors de la rédaction de cet article.

¹□ Le Traité de Paris du 18 avril 1951 qui institue la Communauté européenne du charbon et de l'acier offre un premier élément de réponse. Il dispose en effet en son article 83 que « l'institution de la Communauté ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises soumises aux dispositions du présent traité ». En d'autres termes, l'établissement de Communauté européenne du charbon et de l'acier s'est fait dans l'indifférence de la problématique de la propriété des entreprises : indifférence quant aux choix entre le régime de la propriété privée et celui de la propriété publique des entreprises. L'article 83 du Traité de Paris traduit une option politique de non-intervention à l'égard de la forme et du régime applicable aux entreprises sidérurgiques et charbonnières des États membres qui, du moins en 1951, comprenaient nombre d'entreprises publiques, d'entreprises nationalisées et d'entreprises d'État diverses, héritières de réformes sociales ou de gestions étatiques d'origines variées.

Toute référence à la propriété *des entreprises* disparaît dans le Traité de Rome qui, contrairement au Traité de Paris, s'applique à tous les individus et non aux seules entreprises. L'article 222 vise la propriété des biens en général, qu'il s'agisse d'entreprises, de biens immobiliers, mobiliers ou incorporels.

États membres la liberté « surveillée » d'instaurer sur leur territoire des régimes de propriété d'inspiration socialiste, libérale ou mixte². Ces derniers peuvent ainsi multiplier les entreprises publiques et nationalisées ou, au contraire, privatiser le secteur marchand³. En contrepartie, sous réserve des règles applicables aux services publics, les entreprises publiques et les entreprises privées sont en théorie placées sur un pied d'égalité et soumises à toutes les règles du Traité, notamment aux dispositions relatives à la concurrence et aux aides d'État.

La thèse du présent article est que, dans leur entreprise de construction d'un espace économique exempt de toute barrière aux échanges, les institutions communautaires ont brouillé la frontière entre Public et Privé au profit d'une logique du marché. En un sens, il s'agit d'un processus véritablement révolutionnaire : la révolution de 1789 s'était défait du monarque en instaurant la Nation, l'entreprise d'unification européenne en défaisant les nations déconstruit les souverainetés publiques et privées. Ce travail de déconstruction est principalement l'œuvre de la Commission des Communautés européennes (la « Commission ») et de la Cour de justice. Il a été récemment entériné par le consensus des États membres. Le Traité de Maastricht introduit dans le Traité de Rome un article 3A qui prévoit que «... l'action des États membres et de la Communauté comporte... l'instauration d'une politique économique... conduite conformément au respect du principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre. » Cette disposition reflète l'abandon du principe de neutralité théorique adopté par le Traité à l'égard des formes d'organisation de l'économie en une véritable présomption d'illégalité à l'encontre de toutes les formes d'économie dirigée et de propriété étatique (I). De façon moins connue, le principe communautaire de libre concurrence a également conduit à limiter l'étendue des droits de propriété privée (II).

Le présent article décrit essentiellement ce processus de déconstruction, c'est-à-dire l'impact de ce droit subversif et transnational sur le sage ordonnancement qui avait séparé, comme dans un jardin à la française, les massifs du public et du privé par un patient travail juridique pluriséculaire.

² L'interprétation littérale de l'article 222 selon laquelle cet article interdirait à la Communauté d'adopter toute réglementation susceptible affecter la propriété des biens et des produits, ou l'exercice du droit de propriété sur ceux-ci, a été rejetée d'entrée de jeu par la Cour de justice dans les affaires jointes 56 et 58/64, *Consten et Grundig c. Commission*, arrêt du 13 juillet 1966, *Rec.*, vol. XII, p. 429.

³ Le régime de neutralité ainsi voulu par le Traité n'est pas mis en œuvre par le seul article 222. L'article 90 définit le régime applicable aux entreprises publiques, régime dérogatoire dans la stricte mesure des nécessités du service public assumé par ces entreprises. L'article 37 impose aux États d'aménager progressivement les monopoles nationaux à caractère commercial, afin d'éliminer toute discrimination dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés entre les ressortissants des États membres et reconnaît dès lors implicitement l'existence de ces monopoles. L'article 3 (g) prévoit que l'action de la Communauté comporte l'instauration d'un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ». L'article 5 prescrit aux États membres de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du Traité et, entre autres, ceux de libre concurrence poursuivis par les articles 85, 86, 90 et 92.

À titre de prémisse, il est nécessaire de rappeler brièvement les principes juridiques essentiels du droit communautaire grâce auxquels la Commission et la Cour de justice ont pu procéder à ce travail de déconstruction.

(i) *La primauté du droit communautaire*⁴. À la différence des traités internationaux classiques, le Traité de Rome institue un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des États membres. En établissant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et, surtout, de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté. Ceux-ci ont définitivement limité leurs droits souverains et créé un corps de droit directement applicable à eux-mêmes et, ce qui est plus nouveau, à leurs ressortissants (qui sont ainsi, par dessus la tête de leurs droits nationaux, des sujets du droit européen). L'intégration du droit communautaire au droit de chaque États membres, selon une conception moniste des ordres juridiques impliqués, a pour principale conséquence qu'en cas de conflit, le droit communautaire l'emporte sur toute norme nationale ultérieure.

(ii) *Le principe de libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux et le principe de libre concurrence*. Ces principes sont le cœur du dispositif d'intégration européenne par l'établissement d'un marché commun. La libération des échanges économiques est utilisée par le Traité pour défaire les antagonismes nationaux et absorber dans un espace économique commun les « monades » nationales héritées du XIX^e siècle.

Le principe de libre circulation, mis en œuvre par les articles 30 à 36, 48, 52, 53 et 59 du Traité, implique la suppression des entraves directes et indirectes à l'importation dans un État membre, c'est-à-dire aussi bien les interdictions pures et simples d'importer et les restrictions quantitatives aux importations que les restrictions indirectes telles la fixation de prix *minima* et les incitations à acheter les produits nationaux. Le principe de libre circulation dépasse le simple objectif de la suppression des frontières entre les États. Il implique la réalisation d'un espace dans lequel les mouvements de marchandises, de personnes, de services et de capitaux ne sont freinés en rien par des législations nationales de moins en moins distinctes. La capacité des États de faire obstacle aux échanges est strictement réglementée par plusieurs dispositions du Traité qui n'autorisent le maintien ou l'adoption de mesures restreignant les échanges intra-communautaires que pour des motifs d'intérêt général énumérés de manière limitative

⁴ La primauté du droit communautaire a été consacrée et définie par la Cour de justice dans un arrêt rendu le 15 juillet 1964 dans l'affaire 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, *Rec. CJCE*, p. 1141.

(santé, ordre public, culture, environnement) ⁵. L'intérêt public national est donc un régime d'exception au principe des échanges communautaires ⁶.

Le principe de libre concurrence, consacré par les articles 85, 86, 90 et 92 du Traité, vise essentiellement la répression des pratiques et des accords entre entreprises qui sont susceptibles de recloisonner le marché unique voulu par le Traité ⁷. Ce principe ne s'applique pas simplement aux comportements des entreprises privés (au besoin en faisant prévaloir l'impératif du marché commun sur le droit de propriété) mais également à ceux des entreprises publiques et des États eux-mêmes. Le Traité entend aussi organiser la concurrence entre États en tant qu'« offreurs de normes » entre lesquels les opérateurs économiques doivent pouvoir choisir. Ainsi que l'a indiqué la Commission dès son *Premier rapport sur la politique de concurrence* :

« En ce qui concerne les règles de concurrence applicables aux entreprises, la politique de la Communauté doit, en premier lieu, empêcher que la relève des restrictions et des obstacles d'origine étatique aux échanges, qui ont été abolis, ne soit prise par des mesures de caractère privé aux conséquences analogues. [...] La politique de concurrence doit, en deuxième lieu, garantir la loyauté dans la concurrence, qui veut que les entreprises qui agissent dans le marché commun bénéficient en principe des mêmes conditions de concurrence. Sans le succès d'une politique visant à transformer les monopoles nationaux à caractère commercial et les aides des États, le fonctionnement même de la Communauté pourrait à la longue être remis en question, l'économie et les forces politiques de la Communauté n'admettant l'ouverture des frontières intérieures que si les conditions de concurrence ne sont pas faussées. »

(iii) *Le principe de non-discrimination*. Le principe de non-discrimination est présenté sous la forme d'un postulat, d'une interdiction généralisée qui, dans le domaine

⁵ Il s'agit de l'article 36 en ce qui concerne la libre circulation des marchandises, de l'article 48, paragraphe 3, en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs, de l'article 56 en ce qui concerne la liberté d'établissement, de l'article 66 en ce qui concerne la libre prestation des services et de l'article 68, paragraphe 2, en ce qui concerne la libre circulation des capitaux.

⁶ Les exceptions d'intérêt public national au principe de libre circulation perdent leur raison d'être aussitôt qu'une harmonisation ou une réglementation commune intervient dans le domaine considéré.

⁷ L'article 86 interdit l'abus de position dominante. On se rappellera que selon la définition latine de la propriété, fondée sur l'absolue souveraineté privée, le propriétaire peut user et abuser de son bien.

L'article 90 définit à nouveau la mission de service public comme une exception échappant au régime général de concurrence que dans la mesure où cela est strictement nécessaire. Ici encore, on voit combien ce régime d'exception diffère du critère du droit français où relève de la sphère publique tout ce qui dans l'intention de l'exécutif correspond à une mission d'intérêt général.

L'article 92 en interdisant, sauf autorisation expresse de la Commission, les aides publiques est censé rétablir « l'égalité » de jeu entre opérateurs économiques : en réalité, cet article limite également le champ des politiques industrielles publiques.

d'application du Traité, s'impose aux institutions communautaires, aux États membres et, selon certains auteurs, directement aux particuliers.

I. — LES LIMITATIONS PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA SPHÈRE DU PUBLIC

Dans un premier temps, environ jusqu'au milieu des années 1970, la Commission et la Cour ont interprété plus strictement leur rôle d'observateur neutre des choix faits par les États dans l'organisation de leur économie. Elles ont ainsi refusé de condamner l'octroi par les États membres de droits exclusifs pour des motifs d'intérêt public à caractère non économique. Elles ont aussi appliqué avec beaucoup de parcimonie les règles de l'article 37 relatives à l'aménagement des monopoles nationaux à caractère commercial et celles de l'article 30 relatives à la suppression des obstacles aux échanges de marchandises, évitant de la sorte d'avoir à considérer que certains monopoles publics et entreprises jouissant de droits exclusifs opéraient sur le marché en violation de ces règles.

Dans un deuxième temps, du milieu des années 1970 au milieu des années 1980, la Commission s'est principalement attaquée, avec le soutien de la Cour, aux barrières aux échanges qui résultaient de la création ou du maintien par les États membres de monopoles d'importation.

Ce n'est véritablement que depuis le milieu des années 1980 que la Commission a entrepris de supprimer systématiquement les barrières aux échanges créées par la présence sur le marché de monopoles publics et d'entreprises qui jouissent de droits spéciaux ou exclusifs⁸. La Cour de justice a apporté un soutien déterminé aux efforts de libéralisation de la Commission. Dans plusieurs jugements récents, elle a redéfini et fortement limité sur la base des articles 86 et 90-1 du Traité les pouvoirs des États membres en matière de création, maintien et extension des monopoles publics nationaux. Elle a aussi confirmé le pouvoir de la Commission en vertu de l'article 90-3 de libéraliser les secteurs réglementés au plan national indépendamment de la politique d'harmonisation du Conseil.

A. — *Le cantonnement des monopoles publics aux seules missions d'intérêt général exercées efficacement et l'abandon des activités connexes non nécessaires à leur équilibre financier*

Depuis la relance de l'objectif du Marché unique par les Commissions Delors, la Cour a progressivement abandonné sa position traditionnellement neutre à l'égard des monopoles publics selon laquelle « l'existence d'un monopole au profit d'une entreprise à qui un État membre accorde des droits exclusifs n'est pas, en tant que telle, incompa-

⁸ 20^e Rapport sur la politique de concurrence, 1990, Introduction ; 21^e Rapport sur la politique de concurrence, 1991, § 15-41 ; 23^e Rapport sur la politique de concurrence, 1993, § 36.

tible avec l'article 86 », et « il en est de même d'une extension des droits exclusifs consécutive à une intervention nouvelle de ce État »⁹. Elle lui a préféré une attitude de plus en plus agressivement libérale et, dans ce but, elle en est arrivée à une doctrine de « l'abus automatique » qui consiste à situer l'origine de l'abus, non plus dans l'exercice de ses droits exclusifs par le monopole qui jouit d'une position dominante sur le marché (théorie de l'abus comportement), mais dans l'octroi même du monopole ou des droits exclusifs et spéciaux (théorie de l'abus structurel) par des États membres. Selon cette doctrine, l'abus est dans certains cas « consubstantiel à la création ou au maintien des monopoles ou droits monopolistiques »¹⁰.

C'est sur la base de cette théorie que la Cour a considéré dans un certain nombre d'affaires récentes (1) que l'existence même d'un monopole, en tant que telle, pouvait être abusive, en violation des articles 86 et 90-1 interprétés conjointement sur la base d'un standard « d'efficacité économique » ; (2) que l'extension d'un monopole pouvait en elle-même, dans certaines circonstances, être constitutive d'abus de position dominante ; et (3) qu'en l'absence de nécessités financières, les pouvoirs exclusifs d'un monopole public doivent être, à peine d'abus, limités à ses activités de service public strictement définis (c'est-à-dire comme des zones d'exception à la règle du marché).

1. Prohibition des monopoles publics inefficaces.

Dans l'affaire *Höffner c. Macroton*¹¹, qui concernait le monopole allemand sur le « placement » des cadres, la Cour de justice a posé le principe d'incompatibilité avec le marché commun des monopoles publics économiquement inefficaces¹². La Cour, après avoir rappelé que le simple octroi d'un droit exclusif constitutif d'une position dominante n'était pas, en tant que tel, une mesure étatique contraire aux règles du Traité (en l'occurrence à l'article 86), a toutefois considéré qu'il en irait autrement « si l'entreprise en cause était amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive »¹³. En l'espèce, l'effet anticoncurrentiel prohibé par l'article 86 (la limitation de la « production » au préjudice des consommateurs) ne résultait aucunement du comportement de l'organisme public en cause (en l'occurrence l'ANPE allemande), mais était la conséquence directe du fait que cet organisme, titulaire d'un monopole de placement, d'autant plus absolu que la loi entachait de nullité tout contrat passé au travers d'un autre intermédiaire, n'était manifestement pas en mesure de satisfaire de façon adéquate la demande existante pour ce type de services (dans le cas d'espèce, le placement des cadres).

⁹ Affaire 155/73, *Sacchi*, arrêt du 30 avril 1974, *Rec.*, p. 409, point 14.

¹⁰ Nicolas Charbit, « L'article 90 du traité CE : Revirement sur la doctrine de l'abus automatique, vers une reconnaissance des services publics », *RD aff. int.*, n° 8, p. 988.

¹¹ Affaire C-41/90, *Höffner and Elser c. Macroton*, arrêt du 23 avril 1991, *Rec. CJCE*, p. I-1979.

¹² On peut voir là une intéressante symétrie avec la théorie française de la création du service public par carence de l'initiative privée : dans la conception libérale classique, c'est la carence de l'initiative privée qui, supprimant l'accusation de concurrence induë, justifie l'ouverture au monopole public.

¹³ Affaire C-41/90, *op. cit.*, att. 29.

La Cour a confirmé sa jurisprudence *Höffner c. Macroton* dans l'affaire *Port de Gênes* où elle a considéré qu'un monopole légal était abusif lorsqu'il est structurellement incapable de satisfaire la demande à des conditions raisonnables¹⁴. Dans cette affaire, l'abus résultait du fait que les entreprises investies par le législateur italien d'un monopole sur des opérations de manutention portuaires étaient, en raison de leurs droits exclusifs, « amenées soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés, soit à refuser de recourir à la technologie moderne, ce qui entraînait un accroissement du coût des opérations et un allongement des délais d'exécution de celles-ci, soit à octroyer des réductions de prix à certains utilisateurs avec compensation concomitante de ces réductions par une augmentation des prix facturés à d'autres utilisateurs »¹⁵.

Dans les affaires *Höffner c. Macroton* et *Port de Gênes*, la Cour est clairement sortie de son attitude de neutralité à l'égard de la création et du maintien par les États de monopoles publics. Elle a pris sur elle d'intervenir directement dans l'usage par les États de leurs propres monopoles commerciaux en appliquant un extraordinaire standard d'efficacité minimale sanctionné par de véritables mesures de désétatisation forcée. Ce faisant, elle remet dans de tels cas en cause le principe même de la propriété publique.

Un tel standard d'efficacité minimale se retrouve également dans la politique de la Commission et la jurisprudence de la Cour en matière d'aides d'États sur la base de l'article 92 du Traité. La Commission considère en effet que les pouvoirs publics ne peuvent acquérir de participation dans le capital d'une entreprise qu'à la condition que celle-ci soit ou, à tout le moins devienne suite à l'intervention étatique, économiquement efficace (c'est-à-dire rentable). En d'autres termes, lorsque l'État intervient dans le marché comme entrepreneur ou investisseur commercial, il ne peut, à peine de perturber les échanges, se distinguer des autres opérateurs du marché concerné. Il se doit d'être neutre non plus au sens d'une neutralité entre une sphère « publique » et « privée » mais au sens d'une non-affectation des mécanismes du marché (ce qui est un complet renversement de logique). Ce devoir de neutralité se traduit par l'imposition par la Commission d'un standard de « l'investisseur privé » selon lequel l'aide d'État apparaît comme « la différence entre les conditions auxquelles l'État procure des ressources aux entreprises publiques et les conditions auxquelles un investisseur privé jugerait acceptable de mettre des ressources à la disposition d'une entreprise privée comparable quand il opère dans les conditions normales d'une économie de marché »¹⁶.

L'application que fait la Commission des règles relatives aux aides d'États, révolutionne - au sens étymologique - l'« absence de préjugé » de l'article 222 du Traité qui veut que, d'une part, le droit communautaire s'appliquerait indifféremment au régime de propriété, public ou privé, des entreprises concernées puisque l'existence et l'activité des entreprises publiques sont conditionnées par l'adoption d'un standard de comportement de marché.

¹⁴ Affaire C-179/90, *Merci Convenzionali c. Siderurgica Gabrielli*, arrêt du 10 décembre 1991, *Rec. CJCE*, p. I-5889.

¹⁵ □ Affaire C-179/90, *op. cit.*, att. 19.

¹⁶ Communication de la Commission aux États membres relative à l'application des articles 92 et 93 du traité CEE, *JO* 1993 C 307, p. 3.

2. Prohibition de l'extension d'un monopole public à des activités connexes.

La Cour a également appliqué la doctrine de l'abus automatique à des extensions de monopoles. Dans ses arrêts *RTT c. GB-Inno-BM* et *Services de Télécommunication*, la Cour a déclaré incompatible avec le marché commun l'octroi à un monopole des télécommunications, sans justification objective, de droits exclusifs sur des « activités connexes », qu'il s'agisse de marchés des appareils terminaux de télécommunication (affaire *RTT/GB-Inno-BM*), ou de marchés des services de télécommunication (affaire *Services de Télécommunication*)¹⁷. La Cour rappelle que l'article 86 du Traité prohibe comme abusif «... le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver, sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une entreprise tierce dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise »¹⁸. La Cour reconnaît que l'article 86 ne vise que les comportements concurrentiels adoptés par les entreprises de leur propre initiative et non les mesures étatiques. Toutefois, conformément à sa jurisprudence *Höffner c. Macroton* et *Port de Gênes*, elle conclut qu'une lecture combinée des articles 86 et 90-1 « interdit aux États membres de mettre, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives, les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs dans une situation dans laquelle ces entreprises ne pourraient pas se placer elles-mêmes par des comportements autonomes sans violer les dispositions de l'article 86 »¹⁹. Initialement réservé au domaine concurrentiel privé, le droit de la concurrence devient ainsi un mécanisme de dérégulation directement applicable aux activités privées de l'État.

Dans ces affaires *RTT c. GB-Inno-BM* et *Services de Télécommunication*, la Cour n'hésite donc plus non seulement à limiter le recours à des opérateurs publics dans l'économie mais également au besoin à redéfinir strictement le champ d'application et la notion même de service public. La Cour entend évacuer les pouvoirs publics et leurs attributs exorbitants de puissance publique de l'espace de l'échange où, par la force de la tradition « planiste » des années 30 à 50, ils occupaient, de droit, une position dominante. Pour ce faire, à l'instar de la Commission dans ses directives de libéralisation des secteurs réglementés, elle utilise une approche économique de la puissance publique où l'État est en fait traité comme un monopoliste privé sur un « marché » national des normes juridiques auquel il faut interdire d'utiliser sa position dominante en faveur de ses « filiales » du secteur marchand.

3. Ouverture à la concurrence des activités marginales des monopoles publics.

Étant données les attaques répétées de la Cour et de la Commission contre les monopoles publics, les États membres ont longtemps pensé que la seule voie de salut pos-

¹⁷□Affaire C-18/88, *RTT c. GB-Inno-BM*, arrêt du 13 décembre 1991, *Rec. CJCE*, p. I-5941 ; Affaires jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90, *Services de Télécommunication (Espagne, Belgique et, Italie c. Commission)*, arrêt du 17 novembre 1992, *Rec. CJCE*, p. I-5833.

¹⁸ Affaire C-18/88, *op. cit.*, § 18.

¹⁹ Affaire C-18/88, *op. cit.*, § 20.

sible semblait être l'article 90-2 du Traité (clause promue par la France en 1958 - déjà !) qui prévoit la possibilité pour les entreprises publiques d'être exemptées des règles du Traité à certaines conditions : l'entreprise qui réclame l'application du régime dérogatoire de l'article 90-2 doit être chargée de la gestion de services d'intérêt économique général ; les règles du Traité dont elle souhaite être exemptées doivent faire obstacle en droit ou en fait à la mission particulière de service public qui lui a été impartie ; l'application de ce régime dérogatoire ne peut affecter les échanges une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

Toutefois, l'article 90-2 s'est révélé une voie de salut bien difficile. En effet, les conditions dans lesquelles il est susceptible de protéger les entreprises bénéficiant de droits exclusifs de l'application des règles de concurrence ont été rognées par la Cour de justice, notamment dans une affaire concernant le monopole postal belge²⁰. Dans l'affaire *Corbeau*, la Cour a posé le principe que l'État ne peut, sur la base de l'article 90-2, protéger ses monopoles nationaux contre la concurrence des opérateurs privés présents sur le marché dans la mesure « strictement nécessaire » pour permettre à l'établissement public de remplir sa mission d'intérêt général. En d'autres termes, la Cour condamne l'octroi par l'État de droits exclusifs sur des activités lorsque celles-ci sont « séparables » du service d'intérêt général, remplissent des besoins « particuliers » d'opérateurs économiques, nécessitent la fourniture de prestations supplémentaires non offertes par le service postal traditionnel (en l'occurrence, dans l'affaire *Corbeau*, enlèvement au domicile du client, plus grande rapidité ou fiabilité dans la distribution, possibilité de modifier la destination après l'expédition), et ne menacent pas l'équilibre financier du service d'intérêt économique général. Tout en reconnaissant la nécessité, pour les entreprises chargées de services d'intérêt économique général, de subventionner des activités non rentables grâce à des revenus générés par des activités rentables - notamment par des restrictions de la concurrence dans ces activités rentables -, la Cour a décidé que l'exclusion de la concurrence n'était justifiée que sur la fourniture de services d'intérêt économique « général ».

L'arrêt *Corbeau* peut être vu comme un aboutissement du travail de déconstruction des monopoles publics par la Cour et la Commission en ce que, tout en réservant une possibilité subsidiaire de péréquation financière, il s'attaque en fait directement au caractère général de l'exception de service public. Implicitement, par l'intermédiaire de la jurisprudence de la Cour entérinée par l'article 3 A du Traité de Maastricht, le droit communautaire introduit un système de « suspicion légitime » à l'encontre de toute intervention publique dans le secteur marchand très largement entendu où le motif d'intérêt général est traité comme l'alibi potentiel de l'extension de la puissance publique nationale. Un tel système implique un renversement systématique de la charge de la preuve : c'est aux pouvoirs publics de justifier à chaque fois l'exception de service publique invoquée à l'encontre du marché commun et de la liberté des échanges. En fait, le marché commun devient le lieu d'expression privilégié de l'intérêt général alors que les pouvoirs publics sont des mécanismes subordonnés bénéficiaires d'un régime de tolérance. En résumé, l'intérêt général se passe du service public.

²⁰ Affaire C-320/91, *Paul Corbeau*, arrêt du 19 mai 1993, *Rec. CJCE*, p. I-2533.

B. — *Changement de la nature des monopoles publics :
d'une activité multifonctions à un rôle de gérant de réseaux*

De la même façon, l'entreprise de libéralisation des secteurs monopolisés, comme les télécommunications, les transports, l'énergie et les services postaux, menée par la Commission depuis la fin des années 1980 modifie profondément la nature même des monopoles publics concernés. Les monopoles nationaux qui en avaient traditionnellement étendu leur emprise au-delà de la stricte sphère du service public et des obligations de service public se sont retrouvés progressivement cantonnés par la Commission à des activités d'offre et d'exploitation de leurs infrastructures de réseau et de prestation d'un nombre limité de services de base.

La cheville centrale de ce travail de déconstruction des monopoles est l'accès des tiers aux réseaux (« ATR »). L'ouverture à la concurrence d'activités nécessitant l'utilisation d'un réseau d'infrastructures appelle en effet, *ipso facto*, la possibilité de cette utilisation par les nouveaux entrants sur le marché. Le principe de l'ATR a été accepté dans les télécommunications et, sous une forme différente, dans le transport aérien. Dans le transport ferroviaire, l'ATR a été limité au transport combiné international et aux regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires. Dans le domaine de l'énergie, au-delà des échanges entre producteurs, le débat sur l'ATR a pris un tour nettement plus conflictuel et semble avoir été temporairement abandonné par la Commission. Enfin, l'ATR sera au cœur de la libéralisation prochaine des services postaux.

La Commission définit l'ATR comme l'obligation pour les opérateurs des infrastructures concernées de les mettre à la disposition d'utilisateurs ou d'exploitants privés, sous certaines conditions et moyennant paiement d'une redevance ou droit d'accès²¹.

L'accès forcé des tiers au réseau va sans aucun doute à l'encontre du droit de propriété des monopoles publics sur leurs infrastructures de réseau et de la position traditionnelle selon laquelle les règles communautaires de concurrence n'imposaient en principe aux entreprises en position dominante aucune obligation de traiter avec qui que ce soit ou encore moins d'ouvrir ou d'abandonner certains droits à des tiers. Une entreprise dominante pouvait, au même titre que toute autre, choisir ses clients et partenaires. Il était clair cependant qu'une entreprise dominante qui interrompait ses relations d'affaires avec un tiers pour un motif anticoncurrentiel commettait un abus de position dominante. La Cour de justice a ainsi condamné des opérateurs dominants refusant de fournir des produits ou des services (un produit intermédiaire dans l'affaire *Commercial Solvents*²²; un service d'achat d'espace télévisuel à un utilisateur afin d'éliminer celui-ci d'un marché

²¹ Le régime d'ATR, tel qu'envisagé par la Commission dans le secteur du gaz et de l'électricité par exemple, s'organise de la manière suivante : les tiers intéressés peuvent adresser à l'opérateur d'un réseau une demande d'utilisation d'un point d'entrée ou de sortie spécifique situé sur le réseau ; l'opérateur peut refuser de faire droit à une telle demande si l'exécution de ses obligations légales ou contractuelles s'en trouverait entravée ; l'opérateur doit préciser les raisons de son refus ; les demandes d'accès doivent être traitées avec diligence et une réponse doit être fournie au tiers intéressé dans les trois mois ; la redevance réclamée par l'opérateur doit correspondre aux coûts supportés par lui pour la fourniture du service concerné, augmentés d'un bénéfice raisonnable ; l'opérateur ne peut appliquer de conditions d'accès discriminatoires.

²² Affaires jointes 6 et 7/73, *Commercial Solvents*, arrêt du 6 mars 1974, *Rec. CJCE*, p. 223.

annexe dans l'affaire *Telemarketing*, [1985], *Rec.CJCE* 3261) ²³. Une troisième affaire concernait une interruption de fourniture sanctionnant un distributeur de produits concurrents (*United Brands*) ²⁴.

Dans son entreprise d'ouverture des monopoles publics à la concurrence, la Commission a très tôt abandonné cette distinction traditionnelle entre clients existants et potentiels. Une fois de plus, elle a reçu le soutien, du moins implicite, de la Cour de justice. La Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question proprement dite de savoir si l'accès des tiers aux réseaux publics pouvait être imposé aux monopoles publics par le biais de l'article 86. Elle a cependant dans une affaire récente concernant des opérateurs privés ouvert la voie à la légitimation en droit communautaire de la théorie dite des « biens essentiels » qui pourrait devenir la base juridique du principe de l'ATR. La théorie des « biens essentiels » sera l'objet d'un exposé détaillé dans la deuxième partie de cet article.

II. — LA LIMITATION PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE CERTAINS DROITS PRIVÉS

L'effet du droit communautaire sur la sphère du droit public est bien connu. Par contre, l'effet parallèle de ce droit sur la sphère privée et, notamment, sur les régimes de la propriété privée l'est beaucoup moins. De même que les avancées ultimes du droit communautaire imposent expressément une désétatisation de certaines activités économiques, de même le droit communautaire aboutit dans certains cas à une expropriation partielle d'activités privées. Par effet de symétrie, ce droit impose dans ces cas une quasi-obligation de service public à certains opérateurs privés.

A. — *La théorie de l'épuisement des droits de propriété industrielle et intellectuelle*

L'exercice des droits de propriété intellectuelle et industrielle est susceptible d'entrer en conflit avec la réalisation de l'objectif d'échange du Traité. L'étendue de la protection accordée aux titulaires de ces droits de propriété par les législations nationales est limitée au seul territoire national et, dès lors, est de nature à faire échec à la libre circulation des produits protégés à l'intérieur du marché commun. Qui plus est, par nature, les droits de propriété industrielle confèrent à leur titulaire la possibilité d'exclure toute concurrence dans la mesure du droit exclusif qui leur est garanti.

Pour réconcilier l'existence des droits de propriété intellectuelle et les objectifs d'ouverture des marchés nationaux poursuivis par le Traité, la Cour de justice a dû limiter l'exercice de ces droits ²⁵. À cet effet, elle a établi une distinction entre les pré-

²³ Affaire 311/84, *Telemarketing*, arrêt du 3 octobre 1985, *Rec. CJCE*, p. 3261.

²⁴ Affaire 27/76, *United Brands*, arrêt du 14 février 1978, *Rec. CJCE*, p. 207.

²⁵ Elle a, dès 1966 dans l'affaire *Consten et Grundig c. Commission*, distingué l'existence des droits de propriété intellectuelle de leur exercice (affaires jointes 56 et 58/64, *op. cit.*). Si le Traité garantit l'existence de ces droits en tant que statut légal (articles 36 et

rogatives qui constituent « l'objet spécifique » des principaux droits de propriété industrielle (défini comme la protection de l'innovation et donc du bien-être général) et celles qui poursuivent un but purement « privé » et ne seraient en fait que des restrictions déguisées aux échanges. L'exercice par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle des prérogatives qui ressortissent à l'objet spécifique de son droit est pourtant, en principe, garanti, en toutes circonstances, par les articles 36 et 222 du Traité²⁶. Ainsi, selon la Cour, l'objet spécifique d'un droit de brevet est « d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon »²⁷. De même, l'objet spécifique du droit de marques « est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque, pour la première mise en circulation d'un produit, et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque »²⁸.

En fait, la Cour a commencé par limiter tout exercice du droit de propriété industrielle qui irait au-delà de son « objet spécifique ». Ensuite, à l'intérieur de l'objet spécifique, l'exercice du droit de propriété industrielle ne sera bientôt reconnu comme licite que si, en plus, il est conforme à la « fonction essentielle » de ce droit, telle qu'elle est définie par la Cour. La Cour a ainsi défini la fonction essentielle de la marque comme étant « de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit marqué, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance »²⁹.

C'est sur cette base, qu'elle a développé une théorie - inspirée du droit allemand - intitulée la théorie de « l'épuisement des droits ». Selon cette théorie, lorsqu'un titulaire de droit a donné l'autorisation d'exploiter son droit industriel dans un des États membres, il a « épuisé » ses prérogatives. Il ne peut donc plus s'opposer par exemple à ce que des reproductions licites de son ouvrage, des produits portant sa marque, soient réexportés dans les autres États membres. Son droit de s'opposer à la reproduction ou à la communication de son œuvre est éteint. Le droit communautaire restreint donc le monopole du titulaire de droits industriels de décider où et quand il met son œuvre en circulation.

La Cour a ainsi appliqué cette théorie, dans l'affaire *Sterling Drug*, et décidé que « l'exercice, par le titulaire d'un brevet, du droit que lui confère la législation d'un État membre d'interdire la commercialisation, dans cet État, d'un produit protégé par le brevet et mis dans le commerce dans un autre État membre par ce titulaire ou avec son

222), il peut néanmoins en limiter l'exercice dans la mesure nécessaire à la réalisation des objectifs qu'il poursuit.

²⁶ L'article 36 du traité admet certaines restrictions à la libre circulation des marchandises si elles sont justifiées par des raisons « de protection de la propriété industrielle et commerciale ».

²⁷ Affaire 15/74, *Centrafarm BV et Adriaan De Peijper c. Sterling Drug Inc.*, arrêt du 31 octobre 1974, *Rec. CJCE*, p. 1147.

²⁸ Affaire 16/74, *Centrafarm BV et Adriaan De Peijper c. Winthrop BV*, arrêt du 31 octobre 1974, *Rec. CJCE*, p. 1183.

²⁹ Affaire 16/74, *op. cit.*

consentement, serait incompatible avec les règles du traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun »³⁰. Dans l'arrêt *Winthrop*, elle fait usage du même principe relativement à l'exercice du droit de marque : « si le titulaire de la marque pouvait interdire l'importation de produits protégés, commercialisés dans un autre pays membre par lui ou avec son consentement, il aurait la possibilité de cloisonner les marchés nationaux et d'opérer ainsi une restriction dans le commerce entre les États membres, sans qu'une telle restriction soit nécessaire pour lui assurer la substance du droit exclusif découlant de la marque »³¹.

La théorie de l'épuisement des droits est un exemple supplémentaire du pouvoir restrictif exercé, dans l'intérêt de la liberté des échanges, par le droit communautaire sur la propriété privée³². Comme elle l'a fait dans la sphère « publique », la Cour de justice redéfinit, de sa propre initiative, le champ maximum d'un concept juridique (celui de propriété intellectuelle et industrielle), pour limiter l'effet préjudiciable des systèmes juridiques nationaux sur les échanges communautaires, et, de ce fait, procède à une véritable expropriation partielle des titulaires de droits intellectuels au profit du marché.

B. — La théorie des « biens essentiels » (« essential facility »)

La théorie des « biens essentiels » a été imaginée par le professeur Philip Areeda, spécialiste de droit de la concurrence à l'université de Harvard, États-Unis³³. Selon cette théorie, une entreprise qui jouit d'une position dominante pour la mise à disposition d'une installation essentielle, c'est-à-dire une installation sans laquelle les concurrents ne peuvent opérer sur le marché, ne peut refuser à d'autres entreprises l'accès à cette installation sans raison suffisante au regard de l'intérêt général (défini comme un *optimum* économique). Conscient de l'effet d'expropriation de sa théorie, le professeur Areeda en limite le champ par des critères d'application stricts : (i) l'obligation de partage doit demeurer l'exception ; (ii) les biens visés ne sont « essentiels » que si, d'une part, le tiers demandeur ne peut survivre en tant que concurrent sur le marché sans y avoir accès et si, d'autre part, la présence dudit tiers sur le marché est indispensable au maintien de la concurrence ; (iii) l'accès recherché doit stimuler fortement la concurrence en provoquant une baisse des prix ou un accroissement de l'offre ; (iv) un refus d'autoriser l'accès peut toujours être justifié par un motif commercial légitime (*legitimate business reason*) ; et (v) les intentions de l'entreprise dominante ne doivent

³⁰ Affaire 15/74, *op. cit.*

³¹ Affaire 16/74, *op. cit.*

³² La Cour de justice a poussé fort loin application aux marques de la théorie de l'épuisement communautaire en allant jusqu'à interdire au titulaire d'une marque de s'opposer à la commercialisation d'un produit portant une marque identique ayant la même origine alors qu'il n'existait entre les deux titulaires de la marque aucun lien contractuel, juridique, technique ou économique (Affaire 192/73, *Hag I*, arrêt du 3 juillet 1974, *Rec. CJCE*, p. 731). La Cour de justice est cependant revenue dans l'arrêt *Hag II* sur la jurisprudence de l'arrêt *Hag I* (Affaire 10/89, *Hag II*, arrêt du 17 octobre 1990, *Ing.-Cons.*, 1991, p.17).

³³ Philip Areeda, « Essential Facilities : an Epithet in Need of Limiting Principles », *Antitrust Law Journal*, 1990, Vol. 58, p. 841.

pas être prises en considération, puisque, par hypothèse, elle refusera l'accès à ses installations dans le seul but de limiter la concurrence dont elle fait l'objet.

Dans plusieurs affaires récentes, la Commission et la Cour ont eu recours, implicitement d'abord, explicitement ensuite, à la théorie des biens essentiels³⁴. On retiendra tout particulièrement les affaires *B & I c. Stena Sealink*³⁵, *Sea Containers c. Stena Sealink*³⁶, et *Magill*³⁷.

Dans les affaires *B & I c. Sealink* et *Sea Containers c. Stena Sealink*, la Commission a estimé que la société britannique de ferry-boats, Sealink, qui est aussi l'autorité portuaire à Holyhead, avait abusé de sa position dominante sur ce port, dans le premier cas, en modifiant les horaires de navigation de ses ferry-boats au préjudice de ceux exploités par B & I et, dans le second cas, en empêchant Sea Containers d'ouvrir un service de transbordeurs rapides³⁸. Pour arriver à cette conclusion, la Commission a expressément fait application de la théorie des biens essentiels : « Le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position [sur ce marché] ou un marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction à l'article 86. »

Les affaires *Magill* sont un exemple extrême d'« expropriation » d'un opérateur privé pour cause d'utilité marchande. Cette affaire opposait trois télédiffuseurs européens (RTE, BBC et ITP) publiant chacun leurs propres programmes de télévision dans un magazine distinct, à une société Magill qui avait entrepris de publier un magazine unique contenant les programmes de l'ensemble des diffuseurs. Ceux-ci interdirent à Magill la publication de son magazine en invoquant leur droit d'auteur sur les grilles de programmes. La Commission, puis le Tribunal de première instance, ont estimé que les diffuseurs avaient abusé de leur droit exclusif sur leurs publications respectives en refusant d'en concéder licence à Magill, nonobstant l'existence du droit d'auteur. L'appel de la décision du Tribunal devant la Cour de justice a été rejeté.

³⁴ La Commission a assimilé très progressivement la théorie des biens essentiels. Elle a, tout d'abord, sanctionné pour abus des entreprises dominantes qui bloquaient l'accès au marché à leurs concurrents (Décision du 26 février 1992, *Aer Lingus/British Midland*, JO N° L 96, 10 avril 1992, p. 34), et n'hésite pas à requérir de celles-ci qu'elles fournissent à leurs concurrents les informations techniques dont ils ont besoin pour mettre sur le marché des produits concurrents (*14e Rapport sur la politique de la concurrence*, 1984, § 94).

³⁵ Décision du 11 juin 1992, *B & I c. Stena Sealink*, [1995] 5 C.L.M.R. 255.

³⁶ Décision du 21 décembre 1993, *Sea Containers c. Stena Sealink*, JO N° L 15, 18 janvier 1994, p. 8.

³⁷ Affaires jointes T-69, 70 et 76/89, *Radio Telefis Eireann e. a. c. Commission*, arrêt du 10 juillet 1991, *Rec. CJCE*, p. II-4123.

³⁸ À cet égard, il est intéressant de souligner que la Commission considère qu'un port, un aéroport ou toute autre installation du genre, même s'il ne constitue pas en lui-même une partie substantielle du marché commun, peut néanmoins être tenu comme tel par son accès à des conditions raisonnables est indispensable à l'exploitation d'un service de transport qui, lui, est « substantiel » et par conséquent relève de l'article 86 du Traité.

À l'instar de la Commission, le Tribunal, sans se référer explicitement à la théorie des biens essentiels, semble donc considérer que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, qui se trouve de ce fait en position de monopole, puisse être requis de partager ce droit avec un concurrent qui sans l'accès à ce droit ne peut opérer sur le marché. Ce partage était, en l'espèce, jugé indispensable à la commercialisation d'un nouveau produit attendu par nombre de consommateurs et fût de ce fait imposé, alors même que le nouveau produit pouvait concurrencer les produits des entreprises dominantes.

En résumé, la théorie des biens essentiels a permis aux institutions communautaires de redéfinir et, au besoin d'« exproprier » partiellement, le champ de la propriété privée dans l'intérêt des échanges. Celles-ci ont, en d'autres termes, imposé l'intérêt supérieur du marché contre l'appropriation privée ou publique.

CONCLUSION

Si l'on relit ce qui précède, l'effet du droit communautaire sur la séparation des sphères publique et privée peut se résumer de la façon suivante :

- il établit la prééminence de l'échange comme concept juridique aux dépens du concept de propriété (au sens d'une « souveraineté » sur un bien) tant privée que publique ;
- il aboutit à un « *unbundling* » des concepts de Public et de Privé, une « désagrégation » ou une « déconstruction » de ceux-ci en une multiplicité de droits particuliers ;
- l'« *imperium* » est traité comme un quasi « *dominium* » dont l'étendue et le rôle peut être modifié en fonction d'un intérêt commun européen, le souverain étant au passage traité comme un sujet privé lorsqu'il entre dans l'espace prioritaire du marché ;
- le « *dominium* » public n'est légitime que lorsqu'il joue un rôle économique compatible avec cet intérêt général économique ;
- Ce faisant, le droit européen aboutit à une généralisation par le marché de l'intérêt public, défini comme un *optimum* économique. C'est en imposant le concept d'intérêt général par une logique du marché que le droit « défait » à la fois le souverain public et son sujet privé.

Avenue Montjoie, 241
1180 Bruxelles