



HAL
open science

La Cour de justice de l'Union européenne poursuit la clarification de la jurisprudence Bronner en matière de refus d'accès à des infrastructures essentielles (CJUE, 12 janv. 2023, C 42/21 P, Lietuvos)

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. La Cour de justice de l'Union européenne poursuit la clarification de la jurisprudence Bronner en matière de refus d'accès à des infrastructures essentielles (CJUE, 12 janv. 2023, C 42/21 P, Lietuvos). Dalloz Actualité, 2023. hal-04071079

HAL Id: hal-04071079

<https://amu.hal.science/hal-04071079v1>

Submitted on 17 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie Cartapanis

Maître de conférences

Centre de droit économique EA-4224

Aix-Marseille Université

Dalloz – CJUE, 12 janv. 2023, C-42/21 P, Lietuvos geležinkiai AB/Orlen Lietuva AB

Titre : La Cour de justice de l'Union européenne poursuit la clarification de la jurisprudence Bronner en matière de refus d'accès à des infrastructures essentielles

Résumé

Le 12 janvier 2023, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt dans lequel elle clarifie les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles. Elle considère que les conditions de l'arrêt Bronner ne s'appliquent pas lorsque le refus d'accès se manifeste par le démantèlement d'une telle infrastructure, en l'espèce, un tronçon ferroviaire.

Commentaire

Le 12 janvier 2023, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt dans lequel elle clarifie les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles et réduit le domaine d'application des conditions de l'arrêt Bronner. L'on se souvient que, dans une décision du 2 octobre 2017, la Commission européenne avait infligé à l'entreprise Lietuvos (ci-après LG) une amende de près de 28 millions d'euros pour violation de l'article 102 TFUE (Comm. eur., 2 octobre 2017, AT. 398113, Baltic Rail). L'entreprise avait formé un recours contre cette décision, lequel fut rejeté par le Tribunal de l'Union (Trib. UE, 28 nov. 2020, T-814/17, Lietuvos). Partant, c'est devant la Cour de justice que l'entreprise, en introduisant une demande d'annulation, entendait remettre en cause cette condamnation.

Les faits étaient les suivants. LG, entreprise publique, est la société nationale des chemins de fer de Lituanie. En tant qu'entreprise verticalement intégrée, elle est à la fois gestionnaire des infrastructures ferroviaires et fournisseur de services de transport ferroviaire, tant pour le fret que pour les voyageurs. En 1999, LG avait conclu un accord commercial avec la société Orlen, une société pétrolière lituanienne, en vue de lui fournir des services de transport ferroviaire sur le territoire lituanien. Cet accord visait notamment le transport de produits pétroliers du nord-ouest de la Lituanie vers un terminal maritime situé également en Lituanie. À la suite d'un litige survenu en 2008 entre LG et Orlen, cette dernière avait envisagé de redéployer ses activités d'exportation maritime vers des terminaux lettons et, pour cela, de se tourner vers une autre société, LDZ, la société nationale des chemins de fer lettone.

En représailles, LG, prétextant une déformation de la voie ferrée sur quelques dizaines de mètres sur l'itinéraire menant de la Lituanie à la Lettonie, avait suspendu le trafic sur un tronçon lituanien de 19 km. LG avait ensuite procédé au démantèlement complet de la voie ferrée litigieuse. Partant, et parce que LG n'avait pas l'intention de réparer ladite voie ferrée à court terme, Orlen avait dû renoncer à son projet de recourir aux services de l'entreprise lettone LDZ.

La Commission européenne avait considéré que la pratique en cause, à savoir le démantèlement du tronçon ferroviaire, constituait un abus de position dominante. En effet, cette voie ferrée permettait d'emprunter l'itinéraire le plus court et le moins onéreux pour relier la raffinerie à un terminal maritime letton. Plus encore, et en raison de sa proximité avec la Lettonie et avec la base logistique de LDZ, cet itinéraire offrait également à LDZ la possibilité de faire son entrée sur le marché lituanien. Partant, et outre l'amende, la Commission avait enjoint l'entreprise à reconstruire le tronçon. Cette exigence était équivalente à une obligation d'accès, et donc à la mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles.

En substance, LG reprochait au Tribunal d'avoir confirmé cette analyse, et d'avoir refusé d'appliquer le test de l'arrêt Bronner pour déterminer l'existence de la pratique abusive alléguée et les conditions d'application de cet arrêt, fondement jurisprudentiel de la doctrine européenne en matière d'infrastructures essentielles (CJCE, 26 novembre 1998, C-7/97, Bronner).

Rappelons que dans l'affaire Bronner la Cour s'était prononcée sur une éventuelle obligation du propriétaire d'une infrastructure de livraison à domicile de publications, utilisée pour la distribution de ses propres quotidiens, de permettre à l'un des éditeurs concurrents d'y accéder. La Cour avait alors posé plusieurs conditions : 1) que le refus de mise à disposition soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché pertinent de la part de l'entreprise concurrente ; 2) que ledit refus ne soit pas objectivement justifié ; 3) que l'infrastructure en cause soit indispensable à l'exercice de l'activité de l'entreprise concurrente, dès lors qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel.

A priori ancienne et constante, cette jurisprudence avait fait l'objet en 2021 d'un regain d'intérêt (CJUE, 25 mars 2021, aff. C-152/19, Deutsche Telekom AG c/ Commission CJUE, 25 mars 2021, aff. C-165/19, Slovak Telekom ; Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17, Google). Dans ces cas, le juge européen avait restreint la portée du test, limitant fortement les circonstances dans lesquelles les conditions susvisées devaient être réunies.

Ce test s'appliquait-il lorsque qu'une entreprise publique, soumise à des obligations d'accès en vertu du cadre réglementaire, démantèle un tronçon ferroviaire ? Si la réponse doublement négative apportée par la Cour de justice dans cet arrêt n'étonne guère, le recours était l'occasion, pour la Cour, de poursuivre son œuvre de clarification de la portée de la jurisprudence Bronner. L'arrêt apporte ainsi des éléments utiles tant sur la question de l'applicabilité du test (I) que sur la qualification du comportement abusif (II).

I. Sur l'inapplicabilité du test Bronner

Par son premier moyen, LG reprochait au Tribunal d'avoir commis des erreurs de droit en ce qu'il avait refusé, à tort, d'appliquer le test Bronner pour déterminer l'existence de la pratique.

Premièrement, la Cour rappelle que les critères Bronner ne s'appliquent que s'il y a une nécessité de protéger l'incitation d'une entreprise dominante à investir dans la réalisation d'infrastructures essentielles. En filigrane, il s'agit ici de protéger la concurrence car l'obligation affecte l'incitation initiale de cette entreprise à investir dans une telle infrastructure. Toutefois, en l'espèce, l'argument n'était pas pertinent. Le Tribunal en avait en effet déduit, à bon droit, que le test ne pouvait pas s'appliquer dans deux situations : soit lorsque le cadre réglementaire applicable à l'affaire imposait déjà une obligation de fourniture à l'entreprise dominante, soit lorsque la position dominante découlait d'un monopole légal. Dans ces conditions, en effet, il ne peut y avoir de réduction de l'incitation initiale de cette entreprise à investir dans de telles

infrastructures. D'ailleurs, les critères Bronner ont vocation à s'appliquer en cas de refus d'accès à une infrastructure dont l'entreprise dominante est propriétaire et qu'elle a développée pour les besoins de sa propre activité, au moyen de ses propres investissements. Or, dans la présente affaire, l'infrastructure en cause avait été financée au moyen, non pas d'investissements propres à l'entreprise dominante, mais sur fonds publics. C'est donc sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a jugé que les critères Bronner n'ont pas vocation à s'appliquer lorsque l'entreprise dominante est soumise à une obligation de donner accès à son infrastructure.

Deuxièmement, la Cour rappelle que le test Bronner s'applique au refus de contracter parce qu'il suppose une mise en balance entre la libre concurrence et le respect de la propriété et de la liberté contractuelle. En effet, le standard juridique imposé par le test Bronner est particulièrement élevé. Un refus d'accès est susceptible de constituer un abus de position dominante à condition, non seulement que ce refus ait été de nature à éliminer toute concurrence sur le marché en cause de la part du demandeur d'accès et n'ait pu être objectivement justifié, mais également que l'infrastructure en elle-même ait été indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, dès lors qu'il n'aurait existé aucun substitut réel ou potentiel à cette infrastructure. Dans l'affaire Bronner, en effet, l'imposition de ces conditions était justifiée par les circonstances propres à l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, qui consistaient en un refus par une entreprise dominante de donner à un concurrent accès à une infrastructure qu'elle avait développée pour les besoins de sa propre activité, à l'exclusion de tout autre comportement.

La pratique en cause, à savoir le démantèlement du tronçon ferroviaire, était-elle comparable ? En l'espèce, la Cour répond par la négative, et s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence récente en limitant la portée du test Bronner, parce « qu'imposer une obligation d'accès au propriétaire d'une infrastructure est particulièrement attentatoire à la liberté contractuelle et au droit de propriété ». Cette réduction du domaine du refus d'accès avait déjà été amorcée avec l'autonomie du test applicable aux compressions de marge (CJUE, 17 févr. 2011, aff. C-52/09, TeliaSonera, pt 55 s.). Plus récemment, la Cour avait estimé que « lorsqu'une entreprise dominante donne accès à son infrastructure mais soumet cet accès (...) à des conditions inéquitables, les conditions énoncées par la Cour dans l'arrêt Bronner ne s'appliquent pas (CJUE, 25 mars 2021, aff. C-152/19, Deutsche Telekom CJUE, 25 mars 2021, aff. C-165/19, Slovak Telekom). L'on voyait déjà se dessiner une distinction importante : lorsque la pratique en cause relève d'un refus d'accès, le test Bronner (et donc le caractère indispensable du service en cause) est pertinent. En revanche, si les pratiques visées sont relatives aux conditions d'accès à l'infrastructure, le test Bronner ne l'est plus.

Le même positionnement a également été adopté dans l'affaire Google Shopping. Le Tribunal avait certes reconnu que la page de résultats d'une requête sur Google « présente des caractéristiques qui la rapprochent d'une facilité essentielle », celles-ci « se distinguent dans leurs éléments constitutifs du refus de fourniture en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Bronner ». Il convient donc de les appréhender « sous l'angle d'autres critères que ceux propres à celui-ci ». En somme, toute problématique totale ou partielle d'accès n'implique pas nécessairement l'application des conditions énoncées dans l'arrêt Bronner, afférentes aux refus de fourniture (Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17, Google, pt 230).

L'arrêt afférent s'insère donc dans la droite ligne de ces jurisprudences. Reprenant à son compte les conclusions de l'avocat général, la Cour estime que l'hypothèse d'une destruction d'une infrastructure par une entreprise dominante doit être distinguée de celle d'un refus d'accès. Cela signifie que la mise en œuvre du test Bronner implique nécessairement le maintien d'une infrastructure dont l'entreprise dominante se réserve l'usage en vue d'un profit immédiat. La

raison est intuitive : la destruction d'une infrastructure implique le sacrifice d'un actif, moyennant, le cas échéant, les coûts liés à cette destruction. Du fait de celle-ci, l'infrastructure devient inévitablement inutilisable, non seulement par les concurrents, mais également par l'entreprise dominante elle-même. C'est donc sans commettre d'erreur que le Tribunal s'est abstenu d'apprécier si le comportement litigieux satisfaisait aux conditions tenant au caractère indispensable du service dont l'accès avait été refusé.

II. Sur le comportement abusif

Par son deuxième moyen, LG faisait valoir que le Tribunal avait commis une erreur de droit en considérant que la Commission avait établi, à suffisance de droit, que la suppression de la voie ferrée constituait un « abus », au sens de l'article 102 TFUE. Selon la requérante, cette qualification était fondée sur des éléments insuffisants, en l'espèce sur le constat que le démantèlement avait été réalisé « en toute hâte » et sans que LG n'ait obtenu au préalable les fonds nécessaires. Cette analyse était toutefois fondée sur une lecture erronée de l'arrêt attaqué. Le Tribunal avait en effet souligné les circonstances factuelles et juridiques qui avaient entouré la suppression de la voie ferrée, démontrant que LG avait eu recours à des méthodes autres que celles qui régissaient une concurrence par les mérites. Car LG avait connaissance du projet d'Orlen de se tourner vers les terminaux maritimes de la Lettonie en recourant aux services de LDZ. Elle avait supprimé la voie en toute hâte, sans s'assurer du financement nécessaire et sans prendre aucune des mesures préparatoires normales pour sa reconstruction. Elle était consciente du risque de perdre toute activité de transport des produits d'Orlen en cas de reconstruction de la voie ferrée et avait œuvré pour convaincre le gouvernement lituanien de ne pas reconstruire la voie ferrée.

Plus encore, le Tribunal avait constaté qu'il incombait à LG, en tant que gestionnaire d'infrastructures ferroviaires, une obligation réglementaire de garantir la sécurité du trafic, de minimiser les perturbations et d'améliorer les performances du réseau ferroviaire. Mais à cela s'ajoutait, en tant qu'entreprise dominante sur le marché, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée. Or, LG aurait dû en tenir compte et elle était tenue d'éviter l'exclusion de toute possibilité de remettre la voie ferrée en service à court terme, au moyen d'une reconstruction. Partant, en supprimant la totalité de la voie ferrée, LG avait omis de tenir compte de cette responsabilité particulière qui lui incombait au titre de l'article 102 TFUE.

Dans ce contexte, la Commission avait caractérisé l'existence d'effets anticoncurrentiels. D'abord, la suppression de la voie ferrée était susceptible d'empêcher LDZ d'entrer sur le marché du fret ferroviaire lituanien ou, à tout le moins, avait rendu beaucoup plus difficile son accès à ce marché. Ensuite, avec la suppression de la voie ferrée, tout transport ferroviaire de la raffinerie vers un terminal maritime letton devait emprunter un itinéraire beaucoup plus long. LDZ aurait donc, de ce fait, été contrainte de mener ses activités loin de sa base logistique en Lettonie et aurait été tributaire des services de gestion des infrastructures de son concurrent, à savoir LG. Dans ces circonstances, d'un point de vue ex ante, LDZ était exposée à d'importants risques commerciaux.

Dès lors, le moyen visant à contester les appréciations de la Commission, selon lesquelles la suppression de la voie ferrée produisait des effets anticoncurrentiels, est écarté dans son intégralité.

Le même sort est réservé à la question de l'amende. Rappelons à ce sujet qu'en vertu de l'article 31 du règlement n°1/2003, le Tribunal dispose d'une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les amendes fixées par la Commission (et seulement les amendes). Dans ce cadre, LG reprochait au Tribunal d'avoir accordé une place prépondérante à l'intention de l'entreprise dans le calcul de l'amende. Selon la requérante, en se référant à l'intention anticoncurrentielle comme élément d'appréciation de la gravité, le Tribunal aurait modifié les éléments constitutifs de l'infraction constatée par la Commission et, ainsi, outrepassé sa compétence de pleine juridiction.

Toutefois, rappelons que le contrôle opéré par la Cour sur ce point demeure limité puisque ce n'est que dans la mesure où le niveau de la sanction est non seulement inapproprié, mais également excessif, au point d'être disproportionné, que la Cour peut constater une erreur de droit commise par le Tribunal (V. en ce sens, CJUE, 22 novembre 2012, E. ON Energie/Commission, C-89/11 P ; CJUE, 18 mars 2021, Pometon/Commission, C-440/19 P). LG n'ayant apporté aucun élément de nature à prouver que le niveau de l'amende, déjà réduite par le Tribunal, était inapproprié et disproportionné, le moyen est rejeté.

Aucun des moyens soulevés n'ayant été accueilli, le pourvoi est rejeté dans son intégralité. Et si l'arrêt n'apporte pas d'éléments fondamentalement nouveaux, il met en exergue les obligations qui pèsent sur les opérateurs historiques. En restreignant la portée de l'infraction de « refus d'accès », et en écartant l'exigence des conditions de l'arrêt Bronner, la Cour de justice allège la charge de la preuve de l'article 102 TFUE. Souvent discutée dans l'économie numérique, la théorie des infrastructures essentielles dans l'économie réelle a également de beaux jours devant elle...