



HAL
open science

The Court of Justice of the European Union rejects the Bronner test when the abusive conduct manifests itself in the dismantling of a railway infrastructure (Lietuvos geležinkeliai)

Marie Cartapanis

► To cite this version:

Marie Cartapanis. The Court of Justice of the European Union rejects the Bronner test when the abusive conduct manifests itself in the dismantling of a railway infrastructure (Lietuvos geležinkeliai). *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2023. hal-04082471

HAL Id: hal-04082471

<https://amu.hal.science/hal-04082471>

Submitted on 26 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.

CARTAPANIS

Marie

Maître de conférences

Aix-Marseille Université

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

La Cour de justice de l'Union européenne écarte le test Bronner lorsque le comportement abusif se manifeste par le démantèlement d'une infrastructure ferroviaire (Lietuvos geležinkeliai)

CJUE, 12 janv. 2023, C-42/21 P, Lietuvos geležinkeliai AB/Orlen Lietuva AB / Pratiques unilatérales – Ferroviaire - Abus de position dominante – Théorie des infrastructures essentielles – Refus de contracter – Notion d'abus

The Court of Justice of the European Union rejects the Bronner test when the abusive conduct manifests itself in the dismantling of a railway infrastructure (Lietuvos geležinkeliai)

EUCJ, 12 Jan. 2023, C 42/21 P, Lietuvos geležinkeliai AB/Orlen Lietuva AB / Unilateral practices - Rail - Abuse - Essential facilities - Refusal to contract – Abuse (notion)

Commentaire :

Le 12 janvier 2023, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt par lequel elle réduit le domaine d'application des conditions de l'arrêt Bronner et retient une forme autonome d'abus de position dominante.

L'affaire concernait l'entreprise Lietuvos geležinkeliai (« LG »), la société nationale des chemins de fer de Lituanie, à la fois gestionnaire des infrastructures ferroviaires et fournisseur de services de transport ferroviaire. Prétextant une déformation de la voie ferrée sur quelques dizaines de mètres sur l'itinéraire menant de la Lituanie à la Lettonie, l'entreprise avait suspendu le trafic sur un tronçon lituanien de 19 km, puis avait procédé au démantèlement complet de la voie ferrée, empêchant, par là même, une entreprise lettone, la société LDZ, d'y déployer ses activités.

Dans une décision du 2 octobre 2017, l'entreprise LG avait été condamnée à une amende de près de 28 millions d'euros par la Commission européenne, qui avait considéré que le démantèlement du tronçon ferroviaire constituait un abus de position dominante. (Comm. eur., 2 octobre 2017, AT. 398113, Baltic Rail ; F. Marty, « Infrastructure essentielle : La Commission européenne sanctionne l'opérateur historique des chemins de fer lituanien pour un abus d'éviction reposant sur un démantèlement d'une infrastructure essentielle (la société des chemins de fer lituaniens - Baltic Rail) », Concurrences N° 1-2018, Art. N° 86076, p. 93). La Commission avait donc enjoint l'entreprise à reconstruire le tronçon. Or, cette exigence, équivalente à une obligation d'accès, impliquait, selon l'entreprise, la mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles et la réunion des conditions posées par l'arrêt Bronner (CJCE, 28 nov. 1998, C-7/97, Oscar Bronner). Saisi d'un recours, le Tribunal de l'Union européenne avait confirmé la décision de la Commission

(Trib. UE, 28 nov. 2020, T-814/17, Lietuvos ; F. Marty, « Barrières à l'entrée : Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne dans l'affaire du démantèlement d'une portion de voie de chemin de fer en Lituanie pour faire obstacle à l'entrée d'un concurrent (Lietuvos geležinkeliai) », Concurrences N° 1-2021, Art. N° 98745, pp. 131-134). Partant, c'est devant la Cour de justice de l'Union européenne que l'entreprise, en introduisant une demande d'annulation, entendait remettre en cause cette condamnation.

L'on sait à ce sujet que la jurisprudence Bronner avait déjà posé question en 2021, le juge européen ayant fortement restreint son champ d'application (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). 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 apportée, à savoir une réponse doublement négative, 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 l'autonomie du comportement reproché (I) que sur la question de l'applicabilité du test (II).

I. L'autonomie de l'abus par démantèlement

C'est, en premier lieu, sur la nature du comportement en cause que l'arrêt apporte des éléments utiles puisque la Cour confirme que l'on est en présence d'une forme autonome d'abus qui s'apparente à une pratique de prédation (v. eg en ce sens L. Idot, Notion d'abus et démantèlement d'une infrastructure, Europe n° 3, Mars 2023, comm. 106). Plusieurs raisons expliquent cette solution.

D'abord, le Tribunal avait montré que LG savait que l'un de ses clients allait se tourner vers les services de l'entreprise LDZ et avait, en représailles, supprimé la voie en toute hâte, sans s'assurer du financement nécessaire et sans prendre aucune des mesures préparatoires normales pour sa reconstruction. Elle avait donc eu recours à des méthodes autres que celles qui régissent une concurrence par les mérites. Le Tribunal avait en effet constaté qu'il incombait à LG, parce qu'elle était gestionnaire d'infrastructures ferroviaires, une triple obligation réglementaire de garantir la sécurité du trafic, de minimiser les perturbations et d'améliorer les performances du réseau ferroviaire. Mais qu'il lui incombait également, 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.

Partant, la Cour rejoint les conclusions de l'avocat général, pour qui l'hypothèse d'une destruction d'une infrastructure, par une entreprise dominante, doit être distinguée de celle d'un refus d'accès, au sens de la jurisprudence Bronner (Concl. Avocat gén. Rantos, Aff. C-42/21, 7 juillet 2022, pts 78 à 82). En effet, le démantèlement d'une voie ferrée relève d'une destruction indépendante d'infrastructures, qui empêche l'usage, non seulement aux concurrents, tels que LDZ, mais également à LG. Ce cas se différencie donc nettement des affaires de refus d'accès, où l'entreprise dominante ne subit aucune perte d'infrastructures.

Si la Cour ne qualifie pas expressément la pratique en cause de pratique de prédation, elle met toutefois en œuvre le test du sacrifice, en considérant que « la destruction d'une infrastructure implique le sacrifice d'un actif, moyennant, le cas échéant, des coûts liés à cette destruction. Du fait de la destruction, l'infrastructure devient inévitablement inutilisable non seulement par les concurrents, mais également par l'entreprise dominante elle-même ». Or, comme l'avait souligné l'avocat général Rantos, LG a choisi d'abandonner un actif de valeur, à savoir une voie ferrée, en sacrifiant son exploitation, et donc des revenus. Dans ce contexte, la seule explication rationnelle à un tel sacrifice est l'exclusion de son concurrent : la pratique induisait une perte à court terme, qui n'était rationnelle que parce qu'elle était guidée par la perspective d'un profit à plus long terme. Les affaires de refus d'accès se caractérisent en revanche davantage par une logique de profit immédiat.

Les effets anticoncurrentiels révélés par la Commission européenne confirment d'ailleurs cette analyse : 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.

La Cour estime que « la présente affaire ne soulevait pas, contrairement aux allégations de LG, un « problème d'accès » à une infrastructure au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt ». Cette réduction du domaine du refus d'accès avait déjà été amorcée avec l'autonomie du test applicable aux compressions de marges (CJUE, 17 févr. 2011, aff. C-52/09, TeliaSonera, pt 55 s.). Plus récemment, la Cour indiquait 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'arrêt du 12 janvier 2023 s'insère donc dans la droite ligne de ces jurisprudences.

II. Le test Bronner inapplicable

La reconnaissance de l'autonomie du comportement emportait, en second lieu, l'inapplicabilité du test Bronner. LG reprochait en effet au Tribunal d'avoir commis des erreurs de droit en refusant, à tort, d'appliquer le test Bronner pour déterminer l'existence de la pratique.

D'abord, 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. Il s'agit ici de protéger la concurrence, car une obligation d'accès 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 avait en effet déduit, et 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 circonstances, en effet, il ne peut y avoir de réduction de l'incitation initiale de l'entreprise à investir dans de telles infrastructures. 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 d'accès à son infrastructure.

Ensuite, 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, ce qui justifie le standard juridique particulièrement élevé. Or, en l'espèce, l'entreprise n'était pas propriétaire de l'infrastructure, laquelle n'avait pas été financée par des investissements propres à l'entreprise dominante, mais par des fonds publics.

Par ailleurs, 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 et 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.

En l'espèce, la pratique en cause, à savoir le démantèlement du tronçon ferroviaire, était-elle comparable ? La Cour répond par la négative, et s'inscrit par là même 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 ». Rien de comparable, donc, en l'espèce.

Bien au contraire, LG, en tant qu'entreprise publique, était soumise à une obligation d'accorder l'accès au réseau ferroviaire lituanien. Or, le cadre réglementaire en vigueur ne limite pas l'application de l'article 102 TFUE. Il constitue, au contraire, un élément à prendre en considération pour apprécier le caractère abusif du comportement d'une entreprise en position dominante, puisqu'il contribue à déterminer les conditions de concurrence dans lesquelles celle-ci opère (CJUE, 25 mars 2021, aff. C-165/19, Slovak Telekom). En d'autres termes, et « indépendamment des objectifs visés, le contrôle *ex post* du droit de la concurrence complète le cadre réglementaire *ex ante* (en ce sens, Concl. Avocat gén. Rantos, Aff. C-42/21, 7 juillet 2022, pt 86).

Sans surprise, le montant de l'amende est également confirmé. LG reprochait au Tribunal d'avoir accordé une place prépondérante à l'intention de l'entreprise dans le calcul de l'amende, mais n'a 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 donc rejeté.

En conclusion, il faudra retenir de cet arrêt que la Cour distingue désormais nettement l'hypothèse d'une destruction d'une infrastructure et 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. En effet, détruire une infrastructure implique un sacrifice, non seulement parce que la destruction a un coût, mais également parce que l'infrastructure devient inutilisable par les concurrents mais également par l'entreprise dominante. L'arrêt précise donc les obligations qui pèsent sur les opérateurs historiques. En restreignant la portée de l'infraction de « refus d'accès », et en écartant les conditions de l'arrêt Bronner, la Cour de justice allège la charge de la preuve de l'article 102 TFUE, ce qui n'est pas sans faire écho à l'affaire Google Shopping dans laquelle 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 », mais s'en distingue « dans leurs éléments constitutifs du refus de fourniture en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Bronner ». En somme, toute problématique 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). Au regard des circonstances de l'espèce, il faut s'en réjouir.

M. C