

L'Europe et l'achèvement du marché intérieur : en quoi l'article 86 du Traité CE peut-il jouer un rôle utile ?

Noëlle LENOIR
Dan ROSKIS
Charlotte-Mai DORÉMUS (*)
Avocats à la Cour
Debevoise & Plimpton LLP

INTRODUCTION

Les auteurs du Traité de Rome ont dès le début compris que les objectifs du marché ne pourraient être atteints que si les autorités communautaires disposaient de moyens pour les faire respecter. C'est pourquoi la Commission s'est vue doter de pouvoirs propres vis-à-vis des entreprises et des États eux-mêmes. Le marché commun étant le produit du volontarisme des États, il semblait normal que ceux-ci fussent les premiers à devoir s'impliquer dans son bon fonctionnement. Un article du Traité CE illustre tout particulièrement cette problématique : l'article 86 CE (ex-article 90). Moins connu que les stipulations en matière de pratiques anticoncurrentielles ou d'aides d'État, il est original de par son efficacité intrinsèque de même que par les relations qu'il instaure entre la Commission européenne et les États.

Ses termes sont inchangés depuis l'origine :

« 1 – Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 12 ⁽¹⁾ et 81 à 89 inclus ⁽²⁾ ».

2 – Les entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

(*) Les auteurs tiennent à remercier Marie-Laure Combet pour sa contribution à la rédaction de cette étude

(1) L'article 12 du Traité CE interdit « toute discrimination exercée en raison de la nationalité » et permet au Conseil, suivant la procédure visée à l'article 251, de « prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations »

(2) Ces articles concernent en particulier l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles (article 81) ou se concrétisant par un abus de position dominante (article 82). L'établissement par le Conseil des règlements ou directives utiles à l'application des articles 81 et 82 (article 83), les pouvoirs de la Commission de diligenter une procédure d'infraction aux articles 81 et 82 préc. (article 85), les aides d'État compatibles ou non, selon le cas, avec le marché commun (article 87), les pouvoirs consentis à la Commission et au Conseil afin de veiller au respect par les États du régime des aides d'État fixé par le Traité (article 88) et enfin les conditions dans lesquelles le Conseil est habilité à édicter des règlements d'application des articles 87 et 88 sur les aides d'État (article 89).

3 – La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres. »

Plus qu'aux entreprises, l'article 86 CE s'adresse ainsi aux États appelés à respecter le Traité, sous la surveillance de la Commission, au titre tant de leurs entreprises publiques que des entreprises à qui ils confient un monopole (qualifié ici de « *droits spéciaux ou exclusifs* »). Ce n'est que si l'application des règles du Traité empêche l'accomplissement d'une mission particulière de « *service d'intérêt économique général* » qu'il peut être possible d'y déroger.

Le message est clair : l'intervention des États dans l'économie – si légitime et nécessaire soit-elle – ne leur permet pas de s'affranchir de façon injustifiée des règles du Traité, par le biais de mesures protectionnistes faussant le jeu du marché. Cette philosophie de l'article 86 garde toute son actualité.

Quel rôle joue l'article 86 CE, parallèlement à des législations telles que les directives de libéralisation des activités en réseau ou encore la directive « Bolkestein », par exemple, pour permettre à l'Europe de renforcer sa compétitivité en parachevant l'intégration de son marché ? C'est à l'examen de cette question qu'est consacrée la présente étude.

Afin de situer l'article 86 CE parmi les mécanismes de protection des règles du Traité, on en rappellera la genèse et les objectifs (I), puis les conditions de mise en œuvre (II). Enfin, on soulignera la principale originalité de cette disposition résidant dans les pouvoirs propres qu'il confère à la Commission vis-à-vis des États membres (III).

I. GENÈSE ET OBJECTIF DE L'ARTICLE 86 CE

Outil au service du marché commun, l'article 86 CE tend à éviter (A) que les États membres profitent de leur influence sur les entreprises dont ils sont actionnaires, ou dont ils ont d'une autre façon le contrôle, pour fausser le marché (B)

A – L'article 86 CE : une illustration de la philosophie du marché commun

Lire le Traité de Rome dans sa version d'origine est un exercice d'autant plus stimulant qu'il permet de mesurer à quel point ses auteurs ont fait montre à

la fois d'audace et d'inventivité. On le constate notamment à travers l'efficacité des mécanismes qu'ils ont mis en place pour garantir l'existence d'un marché commun ouvert et compétitif. Les auteurs du Traité faisaient le pari qu'en liant leur destin économique, les États seraient dissuadés de se faire la guerre. Ce but ambitieux a été pleinement atteint. L'Europe a su en effet depuis plus d'un demi-siècle développer des politiques communes et des solidarités de fait qui ont aidé à maintenir entre ses États une paix que le continent n'avait jamais connue auparavant.

À la faveur de l'Acte unique de 1986, le marché commun s'est transformé en « marché intérieur ». Mais les principes de base sont restés les mêmes : le marché européen se définit toujours comme un espace où est assurée la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux, d'une part, et où, d'autre part, « la concurrence est libre et non faussée » (3).

Ces principes – liberté de circulation et libre concurrence – sont fondateurs de l'intégration européenne. Ils constituent le socle de l'acquis communautaire. Ils ont pourtant été les plus controversés en France à l'occasion de la campagne référendaire sur la Constitution européenne. Plus encore : l'échec du référendum le 29 mai 2005 est largement dû aux malentendus auxquels ils ont donné lieu. En dénonçant le principe d'une concurrence libre et loyale entre opérateurs économiques ou encore en dressant le spectre d'une invasion de la France par autant de « plombiers polonais » venant offrir leurs services dans le cadre de la directive « Bolkestein » (4) (du nom du Commissaire européen qui en fut l'initiateur), les adversaires du Traité constitutionnel savaient ce qu'ils faisaient. Ils remettaient en fait en cause l'édifice patiemment construit d'un espace économique commun, l'un des éléments les plus solides d'une « Union sans cesse plus étroite » entre les États et les peuples de l'Europe.

Force est de constater que cette remise en cause de la concurrence n'a pas débouché sur des propositions précises. La peur que suscite en France la mondialisation ne va pas heureusement jusqu'à conduire à proposer de fermer les frontières économiques pour instaurer un régime d'autarcie. Quant à la directive « Bolkestein » relative aux services dans le marché unique européen, si elle a donné lieu à l'opposition la plus farouche qu'une législation communautaire ait jamais provoqué, sa procédure d'adoption n'en suit pas moins normalement son cours. Dès avril 2006, la Commission a pu soumettre au Conseil et au Parlement un texte

(3) Article 2 du Traité CE.

(4) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur [SEC (2004) 21] COM/2004/0002 final - COD 2004/0001

amendé strictement conforme à son objectif initial de créer un « véritable marché intérieur des services par l'élimination des obstacles juridiques et administratifs au développement des activités en cause, de manière à favoriser la croissance économique et l'emploi dans l'Union européenne » (5). Le secteur des services, dans l'Europe des 25, représente (selon les pays) entre 60 et 70 % du PNB et les 2/3 de l'emploi total (6). L'ampleur de l'enjeu d'une dynamisation de ce secteur dans l'ensemble du marché commun n'est donc pas à démontrer.

C'est cet enjeu, devenu majeur dans le domaine des services, mais important également dans les autres secteurs d'activités économiques, qui était présent dès l'origine dans l'esprit des six pays fondateurs de l'Europe.

Lorsque leurs ministres se sont réunis à Messine, en Italie, en juin 1955, pour essayer de relancer la construction européenne après le rejet de la CED (« Communauté européenne de défense ») par l'Assemblée nationale française, ils se sont préoccupés des obstacles à la création d'une véritable « union économique », comme on disait à l'époque. Et ils ont naturellement examiné le sort à réserver aux monopoles d'État, si nombreux dans cette période de l'après-guerre. Deux solutions extrêmes s'offraient à eux : bannir purement et simplement les monopoles et remettre ainsi en cause la place du secteur public fort importante dans certains pays tels que la France ; ou au contraire, reconnaître la complète liberté des États dans la gestion de leur secteur public en permettant qu'il soit soustrait à la concurrence et au marché.

C'est une voie médiane qu'ils ont finalement retenue, sur le rapport de Paul-Henri Spaak, ministre belge des Affaires étrangères (7). Les monopoles d'État ne sont pas interdits, mais il sont soumis par principe aux règles du marché et ne doivent pas entraver les échanges intracommunautaires. Ils ne peuvent déroger à ces règles que si un intérêt général l'exige.

Telle est l'économie générale des stipulations du Traité de Rome sur les monopoles nationaux reflétée dans deux types de dispositions. D'une part, l'article 86 CE figurant dans le chapitre sur « les règles de concurrence », ne mentionne pas les monopoles, mais vise ce qui les caractérise sous la forme de « droits spéciaux ou exclusifs ». D'autre part, l'article 31 CE, inséré au chapitre sur « l'interdiction des restrictions quantitatives entre les

(5) Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM/2006/06/160 final - COD 2004/0001 (en attente de la décision du PE en 2^e lecture).

(6) En 2003, cela représentait 120 millions d'emplois dans l'Europe des 15. Par comparaison, l'industrie manufacturière employait alors 34 millions de salariés en 2003.

(7) Paul-Henri Spaak avait été désigné à la Conférence de Messine comme président du comité d'experts chargé de rédiger un rapport sur les conditions d'une union économique générale. Ce rapport a débouché sur la création du marché commun par le Traité de Rome.

États membres », vise, quant à lui, expressément les monopoles, mais seulement ceux « de caractère commercial », c'est-à-dire portant sur les marchandises, à l'exclusion des services.

L'article 86 CE eût probablement été suffisant pour traiter l'ensemble des problèmes posés par les monopoles nationaux dans les divers secteurs.

Si les auteurs du Traité ont éprouvé le besoin de traiter des monopoles dans une autre disposition – l'article 31 – c'est sans doute que dans une Europe ayant connu de sévères restrictions alimentaires pendant et après la guerre, la liberté du commerce des marchandises paraissait prioritaire. Notre propos ne porte pas sur l'article 31. Il est utile cependant de s'y arrêter brièvement car, en écho à l'article 86, il éclaire sur les intentions ayant présidé à la création du marché commun. Il révèle l'importance de l'interdiction de toute discrimination en fonction de la nationalité dans un espace économique sans frontières. Sur la base de ce principe fondamental, l'article 31 tend à empêcher les États, au titre des monopoles d'importation ou d'exportation de marchandises, de dresser des barrières commerciales que par ailleurs l'Union douanière tendait à supprimer. Si le marché commun agricole était surtout visé à l'origine (8), l'article 31 concerne tout commerce de marchandises. Il dispose que « les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres » (9).

Dans son fameux arrêt « Cassis de Dijon » en date du 20 février 1979 (10), la CJCE reconnaît la possibilité pour les États, en l'absence d'une réglementation commune sur des produits, de se doter de leur propre réglementation nationale. Mais celle-ci doit être « indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés » et « justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives du droit communautaire ». L'article 31 permet donc aux États de garder la main sur le commerce de certains produits sans leur concéder toutefois la possibilité, par des discriminations, d'entraver le commerce intra-communautaire.

La conciliation entre le marché et les monopoles sur l'importation ou l'exportation de certains produits s'est réalisée de façon progressive, entre 1970 et 1980, dans la plupart des secteurs : ceux du tabac

(8) Les produits agricoles sont d'ailleurs visés au § 3 de l'article qui stipule que « dans le cas d'un monopole à caractère commercial comportant une réglementation destinée à faciliter l'écoulement ou la valorisation de produits agricoles, il convient d'assurer dans l'application des règles du présent article, des garanties équivalentes pour l'emploi et le niveau de vie des producteurs intéressés ».

(9) § 1 de l'article 31 du Traité CE

(10) CJCE, 20 février 1979, Cassis de Dijon, aff. 12/78

(11), de l'électricité (12), du pétrole (13), de la potasse, du papier de presse, etc.

Le mouvement a été bien plus lent, et il est loin d'être achevé, dans le domaine des services. Le processus s'est véritablement engagé après 1985, date de la parution du Livre Blanc de la Commission « sur le marché unique » (14). Les marchés des services n'en sont pas moins encore largement nationaux, ne représentant que 20 % des échanges intra-communautaires. En outre, cette proportion diminue régulièrement depuis dix ans.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'apprécier la place de l'article 86 CE dans l'arsenal des dispositifs de libéralisation du marché. L'intérêt de cet article est double.

D'abord, même s'il ne peut qu'être complémentaire des autres dispositifs du Traité relatifs au marché (15), il reste un outil utile, à côté des directives sectorielles concernant des activités telles que les télécommunications (16), la poste (17), le gaz (18) et l'électricité (19) ou le transport ferroviaire (20), ou de la future directive « Bolkestein », pour favoriser l'émergence d'un marché intégré, en particulier des services.

Ensuite, en posant la question de la fourniture – dans des conditions dérogatoires ou non au marché – des services publics économiques, il oblige à revisiter certains modes de gestion protectionnistes devenus inadaptés au contexte actuel. Réfléchir à la place des monopoles d'État en Europe, comme

(11) CJCE, 3 février 1976, Manghera sur l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, en Italie, aff. 59/75 Arrêt considéré comme l'arrêt de principe sur l'application de l'article 31 du Traité CE

(12) CJCE, 23 octobre 1997, Commission c/ Pays-Bas concernant le monopole de la SEP en matière d'importations d'électricité, aff. C-157/94 ; Commission c/ Italie concernant le monopole de l'ENEL dans le domaine énergétique, aff. C-158/94 ; et Commission c/ Espagne concernant le monopole de la Redesa en matière d'importation et d'exportation d'électricité, aff. C-160/94

(13) CJCE, 13 décembre 1990, Commission c/ Grèce, monopole grec du pétrole, aff. C-347/88

(14) Livre Blanc sur le marché unique, COM (85) 310 final.

(15) Dans une certaine mesure, les monopoles de prestations de services sont visés à la fois par l'article 31 et l'article 86. En effet, comme l'a jugé la CJCE, « l'éventualité ne peut être exclue qu'un monopole de prestations de services puisse avoir une influence indirecte sur les échanges de marchandises entre les États membres, en particulier lorsque le monopole de prestations de certains services est constitué par une entreprise ou un ensemble d'entreprises, aboutit à une discrimination de produits importés par rapport aux produits d'origine nationale » (CJCE, 4 mai 1988, Corinne Bodson c/ SA Pompes Funèbres des régions libérées, aff. 30/87).

(16) Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, JOCE n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 1-9, remplacée par le Paquet Télécoms en 2002 (7 directives dont une directive « cadre »).

(17) Directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JOCE n° L 015 du 21 janvier 1998, p. 14-25

(18) Directive 98/30/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JOCE n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 1-12.

(19) Directive 96/92/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOCE n° L 027 du 30 janvier 1997, p. 20-29

(20) Directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, JOCE n° L 237 du 24 août 1991, p. 25-28

y invite l'article 86 CE, c'est en effet entrer en plein dans le débat politique sur la meilleure façon de construire un modèle économique et social européen adapté aux défis d'aujourd'hui.

De ce point de vue, le besoin d'intégration des marchés pour relancer la compétitivité de l'Union européenne, spécialement dans les services, se fait sentir partout en Europe. Il est même paradoxalement parfois plus pressant encore à l'Ouest qu'à l'Est. Les nouveaux adhérents à l'Union européenne, issus du bloc soviétique, se sont en effet hâtés de libéraliser de larges secteurs d'activités afin de réduire autant que faire se peut le temps de transition vers l'économie de marché et ainsi accélérer leur rattrapage économique. De sorte que l'ouverture des marchés apparaît moindre dans certains pays de l'Europe occidentale, où le secteur public reste très important et où est même à l'occasion revendiqué un « patriotisme économique » strictement national.

B – L'article 86 CE : la soumission des États membres aux règles du Traité

Bien qu'il figure dans la section 1 du chapitre du Traité CE sur les règles de concurrence applicables aux entreprises, l'article 86 vise essentiellement le comportement des États. En témoigne le fait que son application est subordonnée à l'existence d'une mesure étatique à l'origine des droits spéciaux ou exclusifs dont l'attribution à une entreprise pose problème au regard du marché.

Cette mesure peut prendre des formes juridiques diverses. Elle peut consister en un acte unilatéral – acte administratif ou loi – récent ou non. Il peut s'agir par exemple d'un règlement étendant le champ d'un monopole conféré par une loi ancienne. Ainsi, la CJCE a jugé que l'extension par un arrêté ministériel de 1978 du monopole conféré en 1930 à la Régie belge des télégraphes et téléphones sur l'établissement et l'exploitation des lignes et bureaux télégraphiques et téléphoniques contrevenait à l'article 86 (21). La mesure étatique peut tout aussi bien résulter d'un acte contractuel, par exemple une concession (22).

Quelle que soit sa nature juridique, si l'acte conférant à une entreprise un droit spécial ou exclusif entrave les échanges intracommunautaires, il tombe sous le coup de l'article 86 CE. Peu importe le nombre d'entreprises bénéficiant de ce droit. Il peut s'agir d'une seule entreprise détentrice alors d'un véritable monopole (intitulé « droit

exclusif » par l'article 86) (23). Le droit peut aussi avoir été attribué à deux ou plusieurs entreprises, voire une catégorie d'entreprises. Il suffit qu'il soit de nature à faire obstacle à l'application des règles du Traité pour entrer dans les prévisions de l'article 86 CE. La CJCE a estimé que tel était le cas d'une loi hellénique prévoyant que tous les biens publics, y compris ceux des entreprises publiques, devaient être exclusivement assurés par des compagnies d'assurance helléniques du secteur public (24). Lorsqu'un « monopole » bénéficie ainsi à plus d'une entreprise, il s'agit, selon l'article 86, § 1, d'un « droit spécial ».

Point de malentendu : pas plus que les articles 87 et 88 du Traité en matière d'aides d'État, l'article 86 CE ne donne aux autorités communautaires un droit de regard sur les politiques économiques nationales. Il n'impose aucun mode particulier d'organisation de l'économie. En d'autres termes, l'article 86 ne se préoccupe pas du statut juridique des entreprises pour déterminer si les monopoles dont elles jouissent sont susceptibles de contrevenir au Traité.

Comme le souligne la Commission européenne dans son rapport sur la politique de concurrence pour 1978, « la liberté incontestée d'un État membre de choisir le régime de propriété qui lui convient n'enlève rien à sa responsabilité de faire en sorte que, aussi bien la gestion de son secteur public que le comportement sur le marché de ses entreprises publiques, soient conformes aux règles du Traité » (25).

Cette considération renvoie au principe bien connu de « neutralité », énoncé à l'article 295 CE, suivant lequel « le Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres ». Comme l'a souligné à l'Assemblée nationale française Mario Monti, alors commissaire à la Concurrence : « Il n'appartient pas à la Commission de demander la privatisation des entreprises, ou inversement, leur nationalisation (...). Au-delà de l'aspect strictement juridique de l'article 295 du Traité, notre approche est également fondée sur le fait qu'en tant qu'Autorité de concurrence, nous ne voyons aucune raison économique de privilégier ou discriminer une catégorie d'entreprises, les États pouvant donc intervenir sur le marché en qualité d'actionnaires d'entreprises

(21) CJCE. 13 décembre 1991, RTT c/ GB-Inno-BM SA, aff. C-18/88

(22) CJCE Bodson, aff. C-30/87, préc., concernant les concessions en France en matière de pompes funèbres consenties à des entreprises privées par les communes dont la compétence en ce domaine se fondait sur une loi de 1904.

(23) L'entreprise en question est celle à qui l'État a accordé à titre exclusif une autorisation, une dispense, une renonciation ou une admission spécifique (CJCE, 12 décembre 1996. British Telecommunications, aff. C-302/91)

(24) Décision de la Commission n° 85/276/CEE en date du 24 avril 1985 relative à l'assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques publiques helléniques et CJCE. 30 juin 1988. Commission c/ République hellénique, aff. 226/87.

(25) Commission européenne. VIII^e rapport sur la politique de concurrence. 1978, point 254

publiques »⁽²⁶⁾. Rien n'oblige en effet au regard du Traité à choisir tel régime juridique plutôt que tel autre en privatisant ou en nationalisant une entreprise. Introduire une prescription de ce genre eût été impensable dans les années 50. Elle aurait conduit à l'échec des négociations entre les pays fondateurs. Il ne faut pas oublier qu'en France, en particulier, c'est la Constitution elle-même (à savoir le Préambule de la Constitution de 1946 aujourd'hui partie intégrante du bloc de constitutionnalité) qui prescrit le régime de propriété de certains monopoles. Le 9^e alinéa de ce Préambule dispose en effet que « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* »⁽²⁷⁾.

Réserver la souveraineté des États pour décider du régime de propriété applicable aux différentes activités du secteur marchand était à la fois opportun et efficient. Il était opportun de s'abstenir de heurter les traditions culturelles des États membres. D'un point de vue opérationnel, c'était la seule façon d'assurer la pérennité des principes du marché commun, quels que puissent être les changements de politique gouvernementale en matière de privatisations ou de nationalisations.

Depuis 1958, les règles de la concurrence ont ainsi pu s'appliquer dans des contextes très variés indépendamment de la nature des liens juridiques entre les États membres et les entreprises sur leur territoire. Selon les États, le service du courrier postal, les transports par chemin de fer, l'électricité etc., sont fournis par des entreprises publiques ou privées, sous contrôle ou non de l'État, sans que ces distinctions jouent au regard des règles du marché.

De même, les règles de concurrence s'appliquent au sein d'un État sans solution de continuité quelle que puisse y être l'évolution des conceptions du secteur public. Prenons l'exemple de la France qui est sans doute, en Europe occidentale, le pays où les contours du secteur public ont le plus évolué dans le temps. Ainsi, si la Révolution française a été libérale en proscrivant la plupart des monopoles d'État⁽²⁸⁾, à partir de la fin des années 30 et après la guerre de 1939/1945, un grand nombre d'entreprises ont été nationalisées. Elles représentaient

(26) Les entreprises publiques et les règles communautaires relatives à la concurrence, audition organisée par la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la gestion des entreprises publiques. Paris le 10 juin 2003, document de la Commission européenne. V. également le rapport de Marcel Diefenbacher au nom de la Commission d'enquête. n° 1004, AN, 10 juillet 2003.

(27) Cette disposition est toujours en vigueur et fait partie du bloc de constitutionnalité. Elle fait l'objet d'une application nuancée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de laquelle sa compatibilité avec les Traités européens et les normes dérivés n'a jamais été mise en doute, cette compatibilité étant confirmée par les dispositions claires de l'article 295 du Traité CE.

(28) Toutes les manufactures royales furent supprimées, seuls étant conservés les monopoles de la poste et de quelques autres institutions comme l'Imprimerie Nationale.

alors plus de 10 % de l'emploi total. Puis, comme l'on sait, notre pays a connu une nouvelle vague importante de nationalisations en 1982, et à partir de 1986 un retour des privatisations, totales ou partielles. Jamais les autorités communautaires n'ont eu à se mêler de ces choix que l'article 86 CE ne concerne pas. Par exemple, la SNCF a vu récemment ses activités de fret ouvertes à la concurrence tout en restant une entreprise d'État. De même, avant l'ouverture partielle de son capital en 1996, Renault était propriété à 100 % de l'État, tout en opérant sur un marché de l'automobile éminemment concurrentiel.

Ce que le Traité condamne, c'est non pas tel mode de gestion d'une activité nationale, mais l'entrave au bon fonctionnement d'un marché sans frontière qu'une situation de monopole peut représenter. Cette préoccupation a été déterminante dans la conception de l'entreprise publique qu'ont fait prévaloir la Commission et la Cour de justice au regard de l'article 86. L'entreprise publique n'est pas uniquement celle, comme en droit français, dont le capital appartient majoritairement à l'État⁽²⁹⁾. C'est celle qui n'a pas d'autonomie de gestion vis-à-vis de l'État. Le but est d'empêcher un État membre d'user de son pouvoir de régulation pour faire bénéficier ses entreprises publiques de privilèges indus sur le marché. Dès lors qu'une entreprise publique intervient sur un marché libéralisé ce qui est de plus en plus souvent le cas, l'État doit se comporter comme tout autre actionnaire sans chercher à libérer l'entreprise dont il a le contrôle des contraintes qui pèsent sur ses concurrents. L'article 86 CE se réfère là implicitement au principe de l'investisseur privé à la base des dispositifs de contrôle en matière de concurrence.

Dans sa directive du 25 juin 1980, prise sur le fondement de l'article 86, § 3, relative à « *la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques* »⁽³⁰⁾, la Commission définit ainsi l'entreprise publique comme celle sur laquelle « *les pouvoirs publics peuvent exercer une influence dominante (...) non seulement dans le cas où ils en sont propriétaires ou y détiennent une participation majoritaire, mais également du fait des pouvoirs qu'ils détiennent dans ses organes de gestion ou de surveillance, par voie statutaire ou du fait de la répartition des actions* ».

Cette directive a été modifiée plusieurs fois et en dernier lieu en 2005. Son champ d'application a été étendu et la définition qu'elle donne de l'entre-

(29) La conception du droit public français est plus rigide. Une entreprise appartient au secteur public si l'État détient plus de la moitié de son capital (Cons. d'État Ass. 24 novembre 1978, Cogema, req. n° 02020. 02150, 02853, 02882).

(30) Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO, L 195 du 29 juillet 1980).

prise publique légèrement précisée⁽³¹⁾. Mais le but est resté le même : éviter que l'État n'abuse de son influence sur une entreprise active dans le secteur concurrentiel pour la dégager des contraintes du marché. D'où l'idée de la Commission de demander aux États par voie de directive de lui fournir des informations financières régulières sur leurs entreprises publiques⁽³²⁾. Le rapport Nora remis en 1967⁽³³⁾ à Georges Pompidou, alors Premier ministre, ne plaidait-il pas également pour la « vérité des prix » et de manière générale pour une gestion plus stricte des entreprises publiques répondant à leur mission d'opérateurs sur le marché⁽³⁴⁾ ?

Au-delà d'un souci de bonne gestion du secteur public, l'article 86 CE est inspiré d'un principe plus fondamental encore : celui du « *pacta sunt servanda* ». Reflété à l'article 10 CE, il invite les États membres à appliquer de bonne foi le Traité et à s'abstenir « *de toute mesure susceptible de mettre en péril [s]es buts* ». En invitant de même les États, lorsqu'ils interviennent dans la gestion des entreprises, à n'édicter, ni ne maintenir « *aucune mesure contraire au présent Traité* », l'article 86 ne fait qu'illustrer ce devoir général de loyauté de tout État partie à un engagement international. Au niveau européen, l'article 86 apparaît en ce sens comme l'un des mécanismes de garantie de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux⁽³⁵⁾.

(31) V en dernier lieu, directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises. JOCE L. 312 du 29 novembre 2005.

(32) À savoir des informations sur la compensation des pertes d'exploitation, les apports en capital ou en dotation, les apports à fonds perdus ou les prêts à des conditions privilégiées, la non-perception éventuelle de bénéfices ou le non-recouvrement de créances, la renonciation à une rémunération normale des ressources publiques engagées, ou encore de la compensation non justifiée de charges imposées par les pouvoirs publics.

(33) Paru à la Documentation française en 1968.

(34) V. les conclusions de l'avocat général Gerhard Reischl dans l'affaire République française. République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission. aff jointes 188 et 190/80 (CJCE, 6 juillet 1982. République française. République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission, aff jointes 188 et 190/80) et notamment ses commentaires sur l'égalité de traitement sur le marché entre entreprises publiques et privées : « Les États membres, dans lesquels existent des conceptions différentes du rôle de l'entreprise publique, peuvent en principe décider librement de l'existence et de l'organisation de leurs entreprises publiques... Cette liberté d'organisation doit être soumise à une limitation dans la mesure où elle ne peut pas être utilisée pour mettre en cause les bases du Traité, notamment le principe de la libre circulation des marchandises et la loyauté de la concurrence. Mais cela signifie qu'en principe toutes les règles du Traité doivent s'appliquer de la même manière à toutes les entreprises tant privées que publiques dans tous les États membres et que, à cet égard, les entreprises publiques dans les différents États membres ne doivent pas être soumises à un traitement préférentiel ».

(35) Dans son arrêt Commission c/ Royaume-Uni du 17 décembre 1980, la CJCE souligne clairement l'importance existentielle de la primauté du droit communautaire pour la construction européenne : « Le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis » (aff. 149/79).

II. MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 86 CE

On ne peut comprendre la portée spécifique de l'article 86 CE sans garder à l'esprit qu'il est avant tout une « norme de renvoi »⁽³⁶⁾ qui s'applique en combinaison avec une ou plusieurs autres dispositions du Traité.

Ces dispositions sont principalement celles relatives aux libertés de circulation (A) et à l'interdiction des ententes et abus de position dominante (B) ; étant entendu que les États membres ne peuvent y faire échapper certains monopoles que pour des raisons impératives liées à une mission de service d'intérêt économique général (SIEG) (C).

A – Un outil de protection des libertés de circulation sur le marché

La Commission peut en premier lieu recourir à l'article 86 pour demander à un État d'aménager ou de supprimer un monopole lorsque celui-ci fait obstacle à une des libertés de circulation (libre circulation des marchandises de l'article 23 CE, liberté d'établissement de l'article 43 CE, libre prestation de services de l'article 49 CE et libre circulation des capitaux de l'article 56). Lu en combinaison avec ces dispositions, l'article 86 CE aboutit, selon un auteur, à « *une privatisation des règles sur la libre circulation qui peuvent être appliquées aux monopoles publics* »⁽³⁷⁾ dans la mesure en effet où il rend opposables à des entreprises des règles qui s'adressent aux États. L'atteinte à une liberté de circulation ne peut pas en principe être invoquée à l'encontre d'opérateurs économiques. Or lorsqu'un acte étatique attribuant un droit spécial ou exclusif est remis en cause par l'application combinée de l'article 86 CE et des dispositions sur la libre circulation, cela influe directement sur la situation économique individuelle du/des bénéficiaire(s) du droit en question.

La directive 88/301 du 16 mai 1988 relative à « *la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication* »⁽³⁸⁾ en fournit une illustration. Prise sur le fondement de l'article 86, § 3 CE, cette directive avait pour objet d'abolir les monopoles d'importation, de commercialisation, de raccordement, de mise en service ou d'entretien des terminaux de télécommunication, notamment des téléphones, constitutifs d'entraves à la libre circulation des marchandises. La CJCE, dans un arrêt du 19 mars 1991⁽³⁹⁾, a validé cette directive en écartant l'argumentation de la France selon laquelle la Commission n'aurait pas, en adoptant ce texte, uti-

(36) Frédérique Berrod, Monopoles publics et droit communautaire. J.-Cl. Europe 2004, point 43.

(37) Ibid.

(38) Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications. JOCE L. 131 du 27 mai 1988, p. 73-77.

(39) CJCE, 19 mars 1991. République française c/ Commission, Terminaux de télécommunication. aff. C-202/88.

lisé les voies procédurales appropriées vis-à-vis du secteur des télécommunications pour le restructurer.

De même, dans une affaire relative au secteur de l'audiovisuel, qui a donné lieu à un arrêt préjudiciel en date du 18 juin 1991 (40), la CJCE a jugé contraire à la libre prestation de services le monopole conféré par l'État grec à la société ERT en matière de diffusion de programmes et de retransmission d'émissions étrangères. La Cour a notamment fait valoir que ce monopole n'était pas justifié par les nécessités techniques d'éviter les perturbations. La mesure étatique supprimée, ERT s'est vue contrainte de modifier sa politique d'émission pour écarter toute discrimination en faveur de ses programmes au détriment de ceux en provenance d'autres États membres. Cette solution a été transposée aux monopoles de diffusion concédés aux opérateurs nationaux et locaux aux Pays-Bas (41) et en Belgique (42).

Autre secteur ayant fait l'objet d'une application de l'article 86 CE combiné avec des dispositions sur la libre circulation : l'assurance. Dans une affaire déjà citée (43), les compagnies d'assurances grecques du secteur public ont perdu le bénéfice de leur monopole sur l'assurance des biens publics après que la Commission a mis en demeure la Grèce de supprimer la législation l'ayant consacré. La Cour a jugé que cette exclusivité entravait en effet la liberté d'établissement des entreprises d'assurance des autres États membres (44).

En cas d'application combinée de l'article 86 CE et des dispositions du Traité sur les libertés de circulation, ce sont la liberté d'établissement et la liberté de circulation des marchandises qui sont le plus fréquemment visées. La référence à l'article 49 CE sur la libre prestation de services est plus rare. Aucune des décisions individuelles ou directives adoptées par la Commission sur le fondement de l'article 86, § 3, CE ne renvoie à la libre prestation de service. Hors les cas d'intervention de la Commission au titre de l'article 86, § 3, la CJCE, en l'état de nos connaissances, ne s'est prononcée que huit fois sur l'application combinée de l'article 86 (§ 1 et 2) avec l'article 49 CE. Ces cas concernaient principalement les secteurs des transports (45), de

l'audiovisuel (46), du recrutement (47) et du conseil fiscal (48).

Il est vrai que l'extrême complexité des réglementations nationales sur les services rend difficile l'appréciation des obstacles à la libre prestation de services (49). C'est d'ailleurs le caractère disparate et fragmenté du secteur des services qui explique bon nombre des difficultés de compréhension de la directive Bolkestein dont l'ambition était d'englober dans un même système de reconnaissance mutuelle un ensemble d'activités éminemment hétérogènes. Dans ce contexte, l'article 86 devrait pouvoir contribuer, ne serait-ce que ponctuellement, à décloisonner le marché européen des services.

B – Entre prévention et répression des atteintes aux règles de concurrence

S'il aboutit à « privatiser » les règles sur la libre circulation – c'est-à-dire à rendre opposables à des entreprises des règles en principe destinées aux États – l'article 86 CE conduit parallèlement à « une publicisation des règles sur la libre concurrence » (50). Applicables en principe au comportement des entreprises, ces règles deviennent en effet directement opposables aux États membres (51) ; qu'il s'agisse de l'article 81 CE prohibant les ententes ou de l'article 82 CE condamnant les abus de position dominante.

1 – L'article 86 et l'article 81 CE sur les ententes

Il est rare (mais cela peut arriver) qu'une mesure étatique ait pour effet d'imposer ou de favoriser la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 CE. Dans son arrêt Van Eycke rendu sur renvoi préjudiciel (52), la CJCE a pourtant jugé contraire aux articles 81 et 86 CE une réglementation entérinant des accords interbancaires visant à limiter les taux d'intérêt servis aux épargnants et constitutifs

S.A. c/ Gruppo Antichi Ormezzatori del porto di Genova Coop. Arl e a. aff. C-266/96, et CJCE, 6 avril 2006, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Commune de Bari et AMTAB Servizi SpA, aff. C-410/04.

(46) CJCE. ERT c/ DEP, aff. C-260/89, préc. ; CJCE, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-353/89, préc. et CJCE, 17 février 2005. Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL, aff. C-134/03.

(47) CJCE. 11 décembre 1997, Job Centre coop. Arl, aff. C-55/96.

(48) CJCE. 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c/ Giuseppe Calafiori, aff. C-451/03.

(49) La France seule compterait entre 6 000 et 7 000 réglementations sur les services.

(50) Monopoles publics et droit communautaire, préc.

(51) Ainsi la juridiction communautaire considère qu'en cas de plainte fondée sur l'article 86 en combinaison avec les articles 81 et 82 et tendant à inciter la Commission à faire cesser des pratiques anticoncurrentielles contrevenant à ces dispositions. c'est l'examen de la compatibilité entre la mesure étatique incriminée et le Traité – soit la procédure de l'article 86 – qui prime sur l'application des deux autres articles. Si c'est le comportement d'un État qui est à la source des ces pratiques, c'est en premier lieu l'État en effet qu'il faut incriminer avant l'entreprise titulaire du monopole. V. TPICE, 18 septembre 1995, Ladbroke Racing Ltd c/ Commission des Communautés européennes, aff. T-548/93, point 45 et 46 et CJCE, en appel, 11 novembre 1997, Commission des Communautés européennes et République française c/ Ladbroke Racing Ltd, aff. C-359/95 et 379/95.

(52) CJCE, 21 septembre 1998. Van Eycke, aff. C-267/86.

(40) CJCE, 18 juin 1991. Elliniki Radiophonia Tileorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c/ Dimotiki Etaireia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres, ERT c/ DEP, aff. C-260/89.

(41) CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-353/89.

(42) TPICE, 8 juillet 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij NV c/ Commission, aff. T-266/97 et décision de la Commission n° 97/606/CE du 26 juin 1997 dans la même affaire.

(43) Décision de la Commission n° 85/276/CEE en date du 24 avril 1985 relative à l'assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques publiques helléniques et CJCE. Commission c/ République hellénique, aff. 226/87, préc.

(44) Parmi les autres secteurs économiques ayant fait l'objet d'une même approche, on peut encore citer le secteur postal : CJCE, 10 février 2000, Deutsche Post, aff. C-147/97 et C-148/97.

(45) CJCE, 17 mai 1994, Corsica Ferries Italia Srl c/ Corpo dei piloti del porto di Genova aff. C-18/93. CJCE, 18 juin 1998. Corsica Ferries France

d'ententes restrictives de concurrence. De la même manière, dans l'arrêt Ahmed Saeed Flugreisen ⁽⁵³⁾, la Cour a considéré sur renvoi préjudiciel que l'homologation par les autorités aéronautiques d'accords conclus entre compagnies aériennes sur les tarifs sur certaines lignes régulières encourageait la conclusion d'ententes sur les prix entre opérateurs concurrents.

Les cas d'application combinée des articles 86 et 81 CE en matière d'ententes sont limités aux questions préjudicielles posées par les juridictions nationales. La Commission n'a, à notre connaissance, pas fait usage du pouvoir que lui confère l'article 86, § 3, CE dans ce domaine. Cela s'explique.

D'une part, il est relativement rare que des mesures étatiques visant des entreprises publiques ou des droits spéciaux ou exclusifs, conduisent à favoriser des ententes entre opérateurs. Le plus souvent, les cas d'ententes traités par la Commission résultent d'une collusion, tacite ou explicite, entre opérateurs économiques privés, indépendamment de tout droit spécial ou exclusif.

D'autre part, même lorsqu'une entente est entérinée par une mesure étatique, le recours à la procédure classique de l'article 81 CE, mise en œuvre conformément au Règlement d'application n° 1/2003 ⁽⁵⁴⁾, serait suffisamment efficace. Ce dispositif conduit non seulement à la condamnation des parties à l'entente, mais aussi à la disparition de l'accord ou de la pratique concertée, privant *de facto* la mesure étatique de tout effet utile.

2 – L'article 86 CE et la prohibition des abus de position dominante par l'article 82 CE

Plus fréquents sont les cas dans lesquels une mesure étatique est susceptible de fausser la concurrence en mettant l'entreprise titulaire d'un droit spécial ou exclusif en situation d'abuser de sa position dominante. À côté des arrêts rendus par la CJCE sur question préjudicielle ⁽⁵⁵⁾, les décisions de la Commission fondées sur l'article 86, § 3 CE le sont en majorité pour ce motif. Elles touchent à des secteurs aussi divers que les activités portuaires ⁽⁵⁶⁾, les services postaux ⁽⁵⁷⁾, le transport aérien ⁽⁵⁸⁾ ou les services de télécommunications ⁽⁵⁹⁾.

(53) CJCE, 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e a. c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. aff. 66/86 ; V également, CJCE, 1^{er} octobre 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, aff. 311/85

(54) Règlement CE n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOCE du 4 janvier 2003 L 1/1

(55) CJCE, 30 avril 1974, Giuseppe Sacchi, aff. 155/73 concernant le monopole concernant les messages publicitaires à la télévision italienne.

(56) Décisions de la Commission n° 94/119/CE du 21 décembre 1993 relative au refus d'accès aux installations du port de Rodby (Danemark), n° 97/744/CE du 21 octobre 1997 relative aux dispositions de la législation portuaire italienne en matière de travail, et n° 97/745/CE du 21 octobre 1997 relative aux tarifs de pilotage dans le port de Gênes.

(57) Décisions de la Commission n° 90/456/CEE du 1^{er} août 1990 relative à la prestation en Espagne de services de courrier rapide international, et n° 2002/344/CE du 23 octobre 2001 relative à l'absence de contrôle

Le recours à l'article 86 pour faire cesser un abus de position dominante découlant d'une mesure étatique est radical. En effet, si une action contentieuse « classique » exclusivement fondée sur l'article 82 CE au titre du règlement n° 1/2003 ⁽⁶⁰⁾ permet de réprimer l'entreprise auteur de l'infraction, le recours à l'article 86 CE – en combinaison avec l'article 82 CE – a l'avantage de supprimer en amont la mesure étatique à l'origine de l'abus de position dominante.

Pour que des droits spéciaux ou exclusifs se heurtent aux dispositions combinées des articles 86 et 82 du Traité, plusieurs conditions doivent être réunies :

- la position dominante de l'entreprise doit être caractérisée sur le marché pertinent de produits ou de services, entendus comme substituables entre eux (cette étape est essentielle, dans la mesure où le marché n'est pas nécessairement réduit aux seuls produits ou services couverts par l'exclusivité) ;
- le marché pertinent doit constituer une partie substantielle du marché commun (ce qui sera notamment le cas d'un marché de dimension nationale) ;
- il doit exister un lien direct de cause à effet entre la mesure étatique et le comportement des entreprises ;
- l'entreprise détentrice des droits spéciaux ou exclusifs doit les exercer ou être susceptible de le faire de manière abusive ;
- et les pratiques en cause doivent affecter le commerce entre États membres (notamment en faisant obstacle à l'entrée sur le marché d'entreprises originaires d'autres États).

L'article 86 lu en combinaison avec l'article 82 du CE s'applique aussi bien à l'attribution de droits exclusifs ou spéciaux sur un marché donné, qu'à l'extension sur un autre marché du monopole ou des droits spéciaux déjà détenus par une entreprise sur un premier marché. Cependant, la jurisprudence de la Cour paraît plus stricte en cas d'extension d'un monopole sur un marché secondaire qu'en cas d'attribution d'un monopole sur un marché donné.

L'attribution d'un monopole *ab initio* n'est contraire aux articles 82 et 86 que si le titulaire est

exhaustif et indépendant des conditions tarifaires et techniques appliquées par La Poste aux entreprises de routage pour l'accès à ses services [notifiée sous le numéro C(2001) 3186].

(58) Décisions de la Commission n° 95/364/CE du 28 juin 1995 au titre de l'article 90, § 3 du Traité CE, n° 1999/199/CE du 10 février 1999 relative à une procédure d'application de l'article 90 du Traité (IV/35 703 – Aéroports portugais) [notifiée sous le numéro C(1999) 243], et n° 2000/521/CE du 26 juillet 2000 relative à une procédure d'application de l'article 86, § 3, du Traité CE [notifiée sous le numéro C(2000) 2267].

(59) Décisions de la Commission n° 95/489/CE du 4 octobre 1995 relative aux conditions imposées au second opérateur de radiotéléphonie GSM en Italie, et n° 97/181/CE du 18 décembre 1996 relative aux conditions imposées au second opérateur de radiotéléphonie GSM en Espagne

(60) Règlement CE n° 1/2003 préc

amené à abuser effectivement de sa position dominante ou lorsqu'il est nécessairement (61), par le simple exercice de ses droits, conduit à commettre un abus de position dominante. La Cour exige la preuve de l'effectivité ou de la probabilité d'abus notamment lorsque le monopole a trait à une infrastructure qualifiée d'essentielle (à l'instar des infrastructures portuaires ou aéroportuaires). Le refus ou les conditions d'accès opposés par le titulaire du monopole à ses concurrents sur un marché donné empêchent alors ceux-ci d'exercer leur activité dans des conditions économiquement viables (62). En dehors même de la référence à la théorie des infrastructures essentielles (63), le titulaire de droits exclusifs peut abuser de sa position dominante sur le marché visé par le monopole, en rendant simplement l'activité de ses concurrents plus difficile sur un marché voisin ou en profitant de l'avantage concurrentiel lié au monopole (64).

La Cour européenne se montre plus rigoureuse en cas d'extension d'un monopole sur un marché secondaire (65). En vertu de la « *théorie de l'abus automatique* » (66), elle juge que l'extension par un État d'un monopole primaire, sans justification objective, risque d'éliminer toute concurrence sur le marché secondaire et qu'à ce titre elle est en tant que telle constitutive d'un abus de position dominante (67). Ainsi dans l'affaire RTT c/ GB-Inno (68), la Cour a jugé que le fait d'attribuer le droit exclusif d'agréer les appareils téléphoniques de ses concurrents à l'entreprise bénéficiant déjà du monopole d'établissement et de raccordement au réseau téléphonique belge était en soi constitutif d'un abus de position dominante, sans qu'il fût nécessaire de caractériser un comportement abusif ou d'analyser les conditions d'exercice de ce droit exclusif (69).

(61) CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link*, aff. C-242/95, para 33 et CJCE, 23 avril 1991, *Höfner c/ Macrotron*, aff. C-41/90, (point 27)

(62) V notamment CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, *Merci*, aff. C-179/90 (not point 17).

(63) Sur la théorie des facilités essentielles, v notamment les articles suivants : *Defining legitimate competition : companies' duties to supply competitors and access to essential facilities*, par John Temple Lang, in 18 *Fordham International L5* 437 (1994) ; *Essential Facilities and the obligations to supply competitors*, par Derek Ridyard, in *ECLR* (1996), p 438-451 ; *Essential facilities : an epithet in need of limiting principles*, par Philip Areeda, in 58 *Antitrust L5* (1990), p. 852-853, et *Entre concurrence et régulation*, la thèse des facilités essentielles, par Michel Bazex, in *Revue conc. conso.* 2000 n° 119, p 37.

(64) CJCE, *Höfner c/ Macrotron*, point 29, préc ; CJCE, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, aff. C-451/03, point 23, préc ; *Adde* CJCE, *ERT c/ DEP*, aff. C-260/89, préc et CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco SpA*, aff. C-340/99.

(65) *Competing for competence*, Marc Van Der Woude, *ELR Competition Checklist* 1991, p 60

(66) CJCE, *RTT c/ GB-Inno*, aff. C-18/88, préc

(67) CJCE, *RTT c/ GB-Inno*, aff. C-18/88, point 24, préc ; CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale c. Paul Corbeau*, aff. C-320/91, point 11 ; dans le même sens, CJCE, 25 juin 1998, *Dusseldorf*, aff. C-203/96 ; CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99 et CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria c/ Telekom-Control-Kommission*, aff. C-462/99

(68) CJCE, *RTT c/ GB-Inno*, aff. C-18/88, préc

(69) Cette théorie de l'abus de position dominante automatique n'a pas manqué d'être critiquée comme contraire au principe de neutralité V Robert Kovar, *La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics*, *Europe* 1992, n° 7, *Chron.* p. 1.

Face à cette dualité d'approche relevée par l'avocat général Philippe Léger (70), une voix autorisée a proposé une interprétation (71). La plus grande sévérité dont ferait preuve la jurisprudence à l'égard des mesures étatiques d'extension d'un monopole s'expliquerait notamment par le fait qu'une entreprise en position dominante sur un marché A qui exploiterait cette position par des pratiques anti-concurrentielles sur un marché B aurait quasi systématiquement été condamnée au titre de l'article 82 CE. Par analogie, une mesure étatique à l'origine d'un tel comportement serait condamnée sur le terrain combiné des articles 86 et 82 CE. En toute hypothèse, la jurisprudence considère qu'un droit spécial ou exclusif est contraire aux articles 86 et 82 si l'entreprise bénéficiaire n'est pas à même de satisfaire la demande sur le marché. Cela a par exemple été jugé en matière de monopoles de placement de main-d'œuvre (72) ou de distribution de produits du tabac (73).

Dans un dernier cas de figure, ce sont les mesures étatiques de protection d'un monopole existant qui sont jugées contraires aux règles sur la concurrence. C'est ainsi, sur le fondement de l'article 86, § 3 CE, que la Commission a considéré comme constitutif d'une infraction à l'article 82 CE le refus opposé par le gouvernement danois à un opérateur maritime privé d'opérer dans un port qu'une entreprise publique contrôlait et de construire un nouveau terminal. Ce refus conduisait l'entreprise publique à se réserver l'activité auxiliaire des services de liaison maritime depuis et vers ce même port (74).

3 - L'article 86 et le contrôle des aides d'État prévu par les articles 87 et 88 CE

L'étude de l'application combinée de l'article 86 avec les règles de concurrence serait incomplète si le contrôle des aides d'État prévu par les articles 87 et 88 CE n'était pas mentionné. Car les trois dispositions, qui d'ailleurs se suivent dans le Traité, répondent à la même logique : éviter que l'intervention des États dans la gestion des entreprises ne fausse le marché en entravant le commerce intra-communautaire.

À notre connaissance, il n'existe aucun cas d'application combinée de l'article 86 CE et des articles 87 et 88. Mais il est intéressant de constater une certaine « fongibilité » entre les deux types de dispositions. Une même mesure étatique accordant ou étendant un droit spécial ou exclusif peut

(70) Conclusions de l'avocat général Philippe Léger dans l'arrêt du 21 octobre 1999, *Entreprenorforeningens Alfalds/Miljøsektion (FFAD) c/ Københavns Kommune* (droit spécial ou exclusif de collecter les déchets de chantier), aff. C-209/98, points 87-89.

(71) John Temple-Lang, *European Union law rules on State measures restricting competition*, *Finnish Yearbook*, 3 December 2003, v p 12.

(72) CJCE, *Höfner c/ Macrotron*, préc ; CJCE, 8 juin 2000, *Carra e a.*, aff. C-258/98.

(73) CJCE, 14 décembre 1995, *Giorgio Domingo Banchero*, aff. C-387/93.

(74) Décision de la Commission n° 94/119/CE du 21 décembre 1993, préc.

tomber sous le coup aussi bien de l'article 86 que des articles 87 et 88 CE en tant qu'aide d'État incompatible avec le marché commun (75).

Première hypothèse : la Commission estime qu'une aide existante (76) est devenue incompatible avec le marché commun. Elle a alors le choix entre deux voies procédurales. Dans l'exercice de sa mission d'examen permanent des aides existantes prévue par l'article 88, § 1 CE, elle peut proposer à l'État les « mesures utiles » afin de supprimer l'aide pour l'avenir. Elle peut aussi recourir à l'article 86 CE (lu en combinaison par exemple avec les dispositions du Traité sur la libre circulation ou l'abus de position dominante). Les deux procédures présentent de nombreuses similitudes. Elles sont également souples et négociées et conduisent au même

(75) L'article 87 dispose que : « 1 Sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. 2 Sont compatibles avec le marché commun : a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ; b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ; c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. 3 Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun : a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ; b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ; c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission »

L'article 88 quant à lui est rédigé comme suit : « 1 La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun. 2 Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine. Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice, par dérogation aux articles 226 et 227. Sur demande d'un État membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet État, doit être considérée comme compatible avec le marché commun, en dérogation des dispositions de l'article 87 ou des règlements prévus à l'article 89, si des circonstances exceptionnelles justifient une telle décision. Si, à l'égard de cette aide, la Commission a ouvert la procédure prévue au présent paragraphe, premier alinéa, la demande de l'État intéressé adressée au Conseil aura pour effet de suspendre ladite procédure jusqu'à la prise de position du Conseil. Toutefois, si le Conseil n'a pas pris position dans un délai de trois mois à compter de la demande, la Commission statue. 3 La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 87, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale »

(76) Une aide est qualifiée d'existante lorsqu'elle existait déjà au moment de l'entrée en vigueur du Traité dans l'État membre, soit en 1958 pour la France, pays fondateur de la CEE

résultat, à savoir la suppression pour l'avenir de la mesure étatique en cause. Toutefois, l'article 86 est plus contraignant en permettant à la Commission d'adopter une décision directement exécutoire tandis que les mesures utiles prévues par l'article 88, § 1, CE doivent faire l'objet d'une concertation entre l'État concerné et la Commission (77).

S'agissant d'une aide nouvelle, la Commission peut également choisir entre une procédure « classique » en matière d'aides d'État et le recours à l'article 86 CE lu en combinaison avec d'autres dispositions du Traité. Toutefois, cette fois-ci, c'est la procédure formelle en matière d'aides d'État qui est la plus contraignante. Alors que la procédure de l'article 86 CE ne permet que de faire cesser pour l'avenir le droit constitutif d'une aide d'État (78), l'article 88 CE, éclairé par son règlement d'application (79), oblige l'État membre à mettre fin à la mesure étatique en cause et l'entreprise à restituer à l'État l'aide dont elle a bénéficié pour un montant à calculer depuis l'origine. L'article 88 dote en outre la Commission d'importants pouvoirs procédurales (80) : pendant toute la période d'examen de la notification d'une aide nouvelle par l'État membre et jusqu'à l'adoption par la Commission de sa décision définitive, le versement de l'aide est suspendu automatiquement.

Troisième hypothèse : l'État membre invoque, pour justifier l'aide d'État litigieuse, les impératifs de la mission particulière de SIEG confiée à une entreprise. Dans un cas de ce genre, la Cour européenne fait référence à l'article 86, § 2, CE pour vérifier si l'avantage financier octroyé à cette entreprise correspond strictement aux surcoûts engendrés par l'accomplissement de cette mission. Il y a alors application conjuguée, sinon combinée, de l'article 86 et des articles sur les aides d'État. Les principaux exemples concernent le secteur postal (81) et le transport maritime. Dans l'affaire Fred Olsen (82), le Tribunal de Luxembourg a par exemple estimé que les subventions publiques versées à Trasméditerranée n'excédaient pas le surcoût

(77) Toutefois, si l'État concerné n'accepte pas les mesures utiles proposées et que la Commission continue de penser que ces mesures sont nécessaires, celle-ci a la faculté d'ouvrir une procédure formelle d'examen sur le fondement de l'article 88 § 2, CE.

(78) De portée moins contraignante que l'article 88 CE sur les aides d'État, l'article 86 CE s'agissant d'une aide nouvelle peut présenter toutefois un double intérêt pratique : pour la Commission, de lui éviter d'avoir à effectuer des calculs économiques compliqués et aléatoires pour évaluer le montant des restitutions dues par l'entreprise concernée ; pour l'entreprise, de lui éviter des restitutions d'argent susceptibles de perturber son équilibre financier.

(79) Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 [88] du Traité CE.

(80) V. notamment : Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'État – Questions ouvertes. Alain Alexis, Revue du Droit de l'Union européenne 2/2004, p. 195 et s.

(81) V. en particulier l'arrêt du TPICE du 27 février 1997 aff. I-106/95 et l'ordonnance de la CJCE du 25 mars 1998 aff. C-174/97 P, tous deux rendus dans l'affaire FFSA e a c/ Commission, France et La Poste, au sujet des allègements fiscaux octroyés à La Poste, en contrepartie de ses missions d'intérêt public (présence postale en milieu rural en particulier).

(82) TPICE, 15 juin 2005. Fred Olsen c/ Commission, aff. T-17/02.

général par la fourniture par cette entreprise du service d'intérêt général de liaison maritime entre les Îles des Canaries et il s'est notamment fondé sur l'article 86, § 2 CE pour considérer qu'il n'y avait pas aide d'État.

C – Le marché et les services publics : les justifications liées à l'existence d'un SIEG

Tout en posant – en son § 1 – le principe de la conformité des monopoles nationaux aux règles du marché, l'article 86 CE – en son § 2 – réserve expressément le cas, ainsi qu'il a été vu, de l'impossibilité d'appliquer ces règles pour accomplir une mission particulière de service public. Il est donc inexact de dire, comme lors de la campagne référendaire en France sur la Constitution européenne, que le marché unique en Europe mettrait en péril les services publics. Dès l'origine du Traité de Rome, la question avait été soulevée. Et d'emblée, les auteurs du Traité avaient admis l'éventualité de la nécessité de déroger au marché pour des motifs d'intérêt général.

Le propos de cette étude n'est pas débattre de l'avenir des services d'intérêt économique général (SIEG) en Europe. Ce débat très actuel, plus particulièrement en France, touche aussi bien les consommateurs que les salariés du secteur public qui sentent leurs droits acquis menacés par le grand vent de la libéralisation.

Sur un plan plus général, les États européens, et non pas seulement la France, s'interrogent sur les moyens de préserver leur « *welfare state* » en continuant à financer par l'impôt ou l'emprunt des services non rentables. Sans entrer dans ce débat dans toute sa dimension politique et économique, il est intéressant de rappeler que l'article 86 était au départ le seul à avoir abordé la question des services publics.

Depuis lors, le Traité d'Amsterdam de 1997 a introduit un article 16 CE nouveau mettant en exergue « *la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi [que le] rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union* ». Mais cet article n'a pas modifié la portée de l'article 86 CE en tant qu'il permet de déroger aux règles du marché si cela est indispensable à l'accomplissement d'une mission particulière de SIEG ⁽⁸³⁾.

(83) La Commission a commencé à lancer une réflexion sur le champ et le statut des services publics au sein de l'Union dans les années 90. Sa première communication, qui date de 1996, avait pour objet de reconnaître la plus-value des services d'intérêt général dans la réalisation d'un marché intérieur accessible à tous et de définir le champ et les critères d'application des règles de la concurrence dans ce domaine. Elle a été suivie par une nouvelle communication en 2001, et surtout un Livre vert en 2003. Ce dernier évoque le rôle de l'Union européenne dans la promotion de la fourniture de services d'intérêt général dans la définition des objectifs d'intérêt général poursuivis par ces services et sur la manière dont ils sont organisés, financés et évalués. Ce Livre vert a par la même

C'est à partir des années 90 que l'Union s'est plus particulièrement assignée la tâche de prendre en compte les inégalités entre pays, régions et personnes au sein de l'Union. Elle l'a d'abord fait à travers la notion de « *cohésion sociale et territoriale* » apparue dans l'Acte unique européen de 1986. Puis, dans la ligne du Traité d'Amsterdam de 1997, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en l'an 2000 a indiqué que « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au Traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union* » ⁽⁸⁴⁾. Enfin, le Traité constitutionnel marque un pas supplémentaire en complétant l'article 16 CE pour donner une base juridique à une éventuelle législation communautaire précisant les conditions et principes applicables aux SIEG au sein de l'Union ⁽⁸⁵⁾.

C'est dans le cadre de ce débat qu'il convient de resituer l'article 86 CE. Sans condamner l'intervention des États dans leur fonction de lutte contre les inégalités, il encadre cette intervention de manière à éviter le retour à un protectionnisme économique qui viderait de sa portée l'institution du marché commun. Cette façon de voir a été explicitée par la CJCE à propos précisément de l'article 86, § 2, dont l'objet – indique la Cour – est de « *concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou sociale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun* » ⁽⁸⁶⁾. Que deviendrait le marché commun si un État membre, au nom de sa liberté de définir le champ des services publics nationaux, pouvait souverainement décider de mettre à l'abri de toute concurrence des pans entiers de son économie, qu'il s'agisse de

occasion réaffirmé la contribution significative du marché intérieur et des règles de concurrence à l'amélioration de nombreux services publics en terme de qualité et d'efficacité, au bénéfice des citoyens et des entreprises. Dans le prolongement, le Livre blanc de 2004 présente les conclusions de la consultation publique lancée par le Livre vert et expose l'approche adoptée par l'Union européenne pour favoriser le développement de services d'intérêt général de qualité et permettre l'accès des citoyens à des services de qualité et abordables.

(84) Article 36 : la Charte n'a à ce jour que valeur de recommandation, mais la Cour de justice européenne et les juridictions nationales s'y réfèrent fréquemment, renforçant ainsi sa portée.

(85) L'article III-6 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe dispose que « sans préjudice des articles III-55, III-56 et III-136, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. La loi européenne définit ces principes et ces conditions ».

(86) CJCE. Terminaux de télécommunication. aff. C-202/88 (point 12), préc.

l'eau, de l'énergie, des télécommunications ou des transports par exemple ?

C'est dans cet esprit que, selon une jurisprudence maintenant bien établie, la dérogation aux règles du marché prévue par l'article 86, § 2 est subordonnée à trois conditions cumulatives :

- (i) l'entreprise concernée doit être expressément investie par les pouvoirs publics de la gestion d'un service économique d'intérêt général ;
- (ii) il doit être acquis que l'application des règles du Traité ferait échec à l'accomplissement de la mission particulière liée à ce SIEG, et
- (iii) l'intérêt de la Communauté ne doit pas être affecté du fait de la dérogation.

En outre, comme toute dérogation, celle posée par l'article 86, § 2, est d'interprétation stricte (87).

Selon la première condition, seul un acte de la puissance publique qui investit spécifiquement l'entreprise concernée d'un SIEG (88) permet de caractériser l'existence d'une telle mission (89). Dans sa communication de 2001, la Commission définit les SIEG comme « [d]es activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les États membres à des obligations spécifiques de service public » (90), consacrant ainsi la large autonomie dont dispose chaque État membre pour définir ses SIEG (91). Toutefois, l'existence d'un SIEG ne se présume pas. Elle doit être l'expression juridique d'une claire volonté politique. L'intensité du contrôle public exercé sur l'entreprise (92) ne suffit pas à démontrer que celle-ci a été investie d'une mission de SIEG.

Le juge communautaire procède donc au cas par cas pour reconnaître un SIEG au sens de l'article 86, § 2. Les exemples foisonnent. La Cour a ainsi reconnu un SIEG dans les services suivants : l'émission de messages publicitaires télévisés sur l'ensemble du territoire (93), l'exploitation obligatoire de lignes aériennes non rentables (94), des activités de

placement d'un office public pour l'emploi (95), la mise à disposition des usagers d'un réseau public de téléphone (96), la gestion du réseau des télécommunications (97), de la distribution du courrier (98), la fourniture d'énergie électrique (99) à tous les usagers sur le territoire d'un État membre ou une partie seulement de celui-ci (100), la gestion d'un régime de pension complémentaire (101), certaines activités portuaires (102) ou bien encore la gestion de certains déchets (103).

Une fois validée l'existence d'une mission de SIEG, la dérogation prévue par l'article 86, § 2 CE ne joue que si le respect des règles du marché rend impossible (104), et non pas seulement plus difficile, l'accomplissement de cette mission (105). Le juge examine les conditions dans lesquelles la mission de service public peut être accomplie sans exiger toutefois que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise concernée soit menacé (106).

La troisième condition à remplir par un État membre, pour être autorisé à s'abstraire des règles du marché, est de démontrer que l'intérêt de la Communauté n'est pas affecté par la mesure qu'il a prise au profit de l'entreprise bénéficiaire d'un droit spécial ou exclusif. L'intérêt de la Communauté est apprécié en fonction des circonstances propres à chaque cas (107), comme l'a rappelé la Cour dans son arrêt du 23 octobre 1997 sur les droits exclusifs d'importation d'électricité de la NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (SEP), une société créée en 1949 par les producteurs d'électricité aux Pays-Bas en vue de structurer leur coopération (108). La Commission avait fait valoir que ces droits exclusifs affectaient le développement des échanges intracommunautaires d'électricité. Mais la Cour a estimé que la Commission n'avait pas suffisamment étayé sa démonstration.

(87) V. notamment TPICE, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), aff. T-106/95 (point 173). préc. et arrêt du 12 décembre 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, aff. T-128/98 (point 227)

(88) CJCE. 2 mars 1983, GVI c/ Commission. aff. 7/82.

(89) V. notamment arrêts de la CJCE. 14 juillet 1971. Muller Port de Mertert, aff. 10/71 (mission conférée par une loi) ; Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c/ SV SABAM et NV Fonior, du 27 (21) mars 1974, aff. 127/73 (« BRT II ») (point 20) et arrêts du TPICE. 13 juin 2000, EPAC c/ Commission, aff. T-204/97 et T-270/97 (points 125-126) et CJCE, Olsen c/ Commission, aff. T-17/02, préc. (points 186, 188-189) (investissement opérée par une concession de service public)

(90) Communication de la Commission intitulée « Les services d'intérêt général en Europe », préc.

(91) À cet égard v. notamment CJCE. Olsen c/ Commission. aff. T-17/02. préc. (point 216 : Les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général. Partant, la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste).

(92) CJCE, GVI c. Commission, aff. 7/82. préc.

(93) CJCE. Giuseppe Sacchi, aff. 155/73. préc.

(94) CJCE. Ahmed Saeed. aff. 66/86. préc.

(95) CJCE. Höfner c/ Macrotron. aff. 41/90. préc.

(96) CJCE. Terminaux de télécommunication. aff. C-202/88. préc.

(97) CJCE, Terminaux de télécommunication, aff. C-202/88. préc. ; CJCE. RTT c/ GB-Inno-BM SA. aff. C-18/88 préc.

(98) CJCE. Corbeau. aff. C-320/91, préc.

(99) CJCE. Commission c/ Royaume des Pays-Bas. aff. C-157/94, préc.

(100) CJCE, Commission c/ République italienne, aff. C-158/94. préc. ; CJCE, 23 octobre 1997, Commission c/ République française, aff. C-159/94. CJCE.

Commission c/ Royaume d'Espagne, aff. C-160/94.

(101) CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo. aff. C-393/92

(102) CJCE, 21 septembre 1999, Albany International BV, aff. C-67/96.

Brentjens'. aff. C-115 à 117/97. Maatschappij Drijvende Bokken BV. aff. C-219/97.

(103) CJCE. Muller. aff. C-10/71, préc. et CJCE, Corsica Ferries Italia Srl c/ Corpo dei piloti del porto di Genova, aff. C-18/93, préc.

(104) CJCE, 23 mai 2000. Sydhavnens Sten & Grus, aff. C-209/98 (point 75)

(105) CJCE. Merci (point 26), aff. C-179/90, préc. ; CBEM du 3 octobre 1985 (point 17), aff. C-311/84, Höfner c/ Macrotron (point 24). aff. C-41/90, préc.

(106) Pour une illustration, v. CJCE, 8 juin 1982, LC Nungesser KG et Kurt Eisele c/ Commission, aff. C-258/78 et CJCE. 20 mars 1985, Italie c/ Commission, aff. C-41/83.

(107) CJCE. Commission c/ Pays-Bas, aff. C-157/94, préc.

(108) CJCE. Commission c/ République italienne, aff. C-158/94. préc. ; CJCE. Commission c/ République française. aff. C-159/94, préc.

(109) CJCE. Commission c/ Pays-Bas, aff. C-157/94, préc.

(110) CJCE. Commission c/ Pays-Bas, aff. C-157/94, préc.

(111) CJCE. Commission c/ République italienne, aff. C-158/94, préc.

(112) CJCE. Commission c/ République française. aff. C-159/94, préc.

(113) CJCE. Commission c/ Pays-Bas, aff. C-157/94, préc.

tion faite d'avoir clairement défini l'intérêt de la Communauté.

III. LA PROBLÉMATIQUE DES POUVOIRS PROPRES DE LA COMMISSION

Outre son caractère de « norme de renvoi », outre même les précisions qu'il apporte quant au régime des services publics en Europe, l'article 86 a une autre originalité : il illustre le rôle central de la Commission européenne en tant que gardienne de la légalité communautaire. Il est l'expression même de la mission de surveillance générale que lui impartit l'article 211 CE « *en vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun* » (109).

Cette mission consiste pour la Commission :

- soit à tenter des actions contre les États manquant aux obligations qui leur incombent en vertu du Traité (article 226 CE) ou n'exécutant pas un arrêt de la Cour de justice (article 228 CE),
- soit à user de ses pouvoirs propres pour amener les États à respecter leurs obligations, notamment sur le marché (article 86 CE relatif aux droits spéciaux et exclusifs ; article 88 CE sur les aides d'État).

L'article 86 CE est le seul à confier à la Commission le soin d'adresser aux États membres enfreignant les règles du Traité ou susceptibles de le faire, non seulement des « décisions » individuelles, mais également des « directives » de même portée que celles prises en vertu de la procédure législative de droit commun par le Parlement européen et le Conseil. Qu'elles prennent la forme de directives ou de décisions, les préconisations de l'article 86, § 3, ont valeur normative au contraire des propositions ou recommandations que la Commission peut faire par ailleurs aux États.

Ces directives et décisions, dont l'adoption est laissée à l'appréciation de la Commission (A), sont en pratique le fruit d'un processus de négociation et sont en tout état de cause soumises au contrôle juridictionnel (B).

A – L'article 86, § 3 CE : une compétence normative dont les conditions d'utilisation sont laissées à l'appréciation de la Commission

Nul ne conteste que la construction européenne n'a pu se consolider que grâce à la « *rule of law* », c'est-à-dire grâce aux mécanismes administratifs et juridictionnels garantissant l'effectivité et l'applica-

(109) L'article 211 CE dispose que : « En vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission : veille à l'application des dispositions du présent Traité ainsi que des dispositions prises par les institutions de celui-ci, formule des recommandations ou des avis sur les matières qui font l'objet du présent Traité, si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire, dispose d'un pouvoir de décision propre et participe à la formation des actes du Conseil et du Parlement européen dans les conditions prévues au présent Traité, exerce les compétences que le Conseil lui confie pour l'exécution des règles qu'il établit »

tion uniforme du Traité et de ses normes dérivées. C'est au respect de ce principe fonctionnel que tend l'article 86, § 3 CE. Le fait que les conditions dans lesquelles la Commission y a recours soient régulièrement mentionnées dans ses rapports annuels « *sur le contrôle de l'application du droit communautaire* » n'est à cet égard pas sans signification (110).

L'importance du but poursuivi par l'article 86 au regard des impératifs du marché commun a conduit la Cour de justice européenne à confirmer avec fermeté la validité des pouvoirs conférés à la Commission d'adresser des injonctions directement aux États. Dans un arrêt du 12 février 1992, sur la concession exclusive dont bénéficiaient les PTT néerlandais en vertu d'une loi postale de 1988 (111), la Cour a jugé que : « *La Commission serait dans l'impossibilité de remplir entièrement sa mission si elle ne pouvait sanctionner que les comportements anticoncurrentiels des entreprises sans pouvoir agir directement sur le fondement de l'article 90, § 3 [86, § 3] du Traité, contre les États membres qui édictent ou maintiennent en qui concerne les entreprises publiques et celles auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, des mesures qui produisent un effet anticoncurrentiel similaire* ».

L'article 86, § 3, investit la Commission d'une « compétence originaire » (112) qui puise sa source dans le Traité lui-même. La question avait été posée à la Cour de justice européenne en 1980 à l'occasion du recours évoqué plus haut contre de la première Directive « *transparence des relations financières États/entreprises publiques* ». La CJCE avait alors apporté une réponse sans équivoque en refusant « *la thèse selon laquelle, en vertu des principes mêmes qui régissent la répartition des pouvoirs et des responsabilités entre les institutions communautaires, la totalité du pouvoir législatif ordinaire appartiendrait au Conseil, tandis que la Commission ne détiendrait que des pouvoirs de surveillance et d'exécution* » (113).

Selon les auteurs de la présente étude, la compétence conférée à la Commission d'édicter des directives est de nature législative, tout en étant

(110) Le 23^e rapport pour 2005, paru le 24 juillet 2006 indique ainsi sous la rubrique « politique de la concurrence », les priorités pour l'année considérée, à savoir « le contrôle de la transposition de la Directive sur la concurrence faisant partie du cadre réglementaire sur les communications électroniques ainsi que de la Directive sur la transparence (les deux étant basées sur l'article 86 CE) » et précise que « la Commission a traité plusieurs plaintes sous l'angle de l'article 86 en combinaison avec l'article 82 CE » COM (2006) 416 final.

(111) CJCE, 12 février 1992, Royaume des Pays-Bas et Koninklijke PTT Nederland NV et PTT Post BV c/ Commission des Communautés européennes, aff. C-48/90 et C-66/90.

(112) Suivant les termes employés par l'avocat général Gerhard Reischl dans ses conclusions sur l'arrêt de 1982 susmentionné présentées le 4 mai 1982 : aff. C-188 à 190/80. France, Italie et Royaume-Uni c/Commission.

(113) CJCE, République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission, aff. jointes 188 et 190/80, préc.

strictement circonscrite. En dépit des évolutions institutionnelles qu'a connues l'Europe depuis un demi-siècle, à travers en particulier la montée en puissance du Parlement européen en tant que colégislateur, l'article 86, § 3, n'a à notre avis rien perdu de son intérêt. Cet intérêt réside dans sa souplesse d'utilisation du fait qu'il permet à la Commission d'édicter des actes normatifs en dehors de toute habilitation du Conseil dans le cadre d'un quelconque pouvoir d'exécution⁽¹¹⁴⁾. Point n'est besoin en effet d'insister sur l'utilité de permettre à la Commission de mettre fin aux atteintes les plus criantes aux échanges intracommunautaires selon une procédure simplifiée. D'autant que dans une Europe élargie, les processus de décisions s'avèreront nécessairement de plus en plus lents et aléatoires.

Certains États membres ont eu du mal à admettre les pouvoirs propres que la Commission tire de l'article 86. Ils y voyaient le risque d'une perte supplémentaire de souveraineté⁽¹¹⁵⁾. Ces craintes doivent être relativisées. Contrairement aux règlements du Conseil renforçant les prérogatives de la Commission comme en matière de concurrence, il ne semble pas, en l'absence de jurisprudence sur la question, que les directives de l'article 86, § 3 autorisent la Commission à s'arroger de nouveaux pouvoirs d'investigation ou de sanction par exemple. L'analyse des directives adoptées en application de l'article 86, § 3, manifeste en tous les cas une grande prudence de la part de la Commission⁽¹¹⁶⁾.

Les directives de la Commission portant sur la libéralisation du secteur des télécommunications, par exemple, se bornent à demander aux États d'ouvrir l'accès aux réseaux de leurs opérateurs historiques et de fournir à la Commission une information régulière sur les mesures prises à cet effet. Les directives « *transparence des relations entre entreprises publiques et États membres* » se limitent de même à prescrire la fourniture régulière à la Commission d'informations financières sur les comptes de ces entreprises. Comme la CJCE l'a souligné, à propos de la directive « *transparence* » de 1980, ces prescriptions se justifient pleinement par le « *devoir de surveillance* » incombant à la Com-

(114) Comme le souligne la CJCE dans son arrêt du 29 mars 2001, République portugaise c/ Commission des Communautés européennes. aff. C-163/99, le pouvoir de la Commission « ne saurait être affecté par la circonstance que le Conseil aurait pu (...) adopter une directive » sur le même sujet.

(115) L'adoption de la directive transparence 80/723/CEE et celle de la directive Télécoms 90/388/CEE sur ce fondement avaient déclenché une polémique dans certains États membres. Plusieurs États d'entre eux avaient introduit des recours devant la CJCE pour remettre en cause la compétence de principe de la Commission sur le fondement de l'article 86, § 3 CE pour libéraliser un secteur économique entier, par opposition au processus classique d'adoption des directives impliquant les États membres, via le Conseil des ministres européens.

(116) V. la liste de ces directives en annexe.

mission en matière d'application du droit communautaire⁽¹¹⁷⁾.

Cette limite étant posée, le choix par la Commission du moment et de la forme de son intervention au titre de l'article 86, § 3 est discrétionnaire.

Tout d'abord, rien ne l'oblige à constater au préalable une pratique anticoncurrentielle. En ce sens, l'article 86, § 3 est un outil qui se veut dissuasif, c'est-à-dire économe d'une procédure juridictionnelle pour l'État membre concerné. Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire relative à la directive « *transparence* » de 1980 sont explicites : « *Le fait que l'article 90, § 3 [86, § 3], du Traité CEE ne doit pas remplacer la procédure prévue à l'article 169 du Traité CEE, mais que son sens et son objectif soient plutôt d'éviter, par l'établissement de règles claires de comportement, que l'on aboutisse à l'introduction d'une procédure consécutive à une violation du Traité, plaide (...) contre une action purement répressive dans le cas particulier. À cet égard, il faut approuver la Commission lorsqu'elle déclare que l'adoption de directives fondées sur l'article 90, § 3, du Traité CEE doit être considérée comme le moyen le moins sévère par rapport aux obligations qui lui incombent selon l'article 169 du Traité CEE* »⁽¹¹⁸⁾.

La directive et la décision de la Commission adoptées dans le cadre du plan d'action en matière d'aides d'État⁽¹¹⁹⁾ pour préciser les modalités de financement des services d'intérêt économique général s'inscrivent dans cette politique de prévention. Dans la ligne des directives « *transparence des relations financières entre les entreprises publiques et les États membres* », leur but est de garantir la transparence des contraintes de service public de manière à prévenir l'octroi aux entreprises

(117) Dans son arrêt, République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission, aff. jointes 188 et 190/80, préc., la Cour relève : « La raison pour laquelle les dispositions de l'article 90 (devenu 86) ont été insérées dans le Traité est l'influence que les pouvoirs publics peuvent exercer sur les décisions commerciales des entreprises publiques. Cette influence peut s'exercer sur la base soit d'une participation financière, soit de règles régissant la gestion de l'entreprise. En choisissant ces mêmes critères pour déterminer les relations financières sur lesquelles elle doit pouvoir obtenir des informations en vue d'accomplir son devoir de surveillance en vertu de l'article 90, § 3, la Commission est restée dans les limites du pouvoir d'appréciation que lui confère cette disposition ».

(118) Dans ces conclusions du 4 mai 1982, l'avocat général Gerhard Reischl qualifie les dispositions de la directive de « mesures prophylactiques de caractère général et abstrait ». aff. jointes 188 et 190/80. République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission. préc.

(119) Directive 2005/81/CE du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises et décision 2005/842/CE de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, § 2 CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général.

accomplissant ces missions de compensations excessives faussant la concurrence ⁽¹²⁰⁾.

La Commission peut aussi user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 86, § 3, pour mettre fin à une infraction constatée, sans avoir à engager – au moins dans un premier temps – une procédure en manquement contre l'État membre concerné. Elle apprécie alors « *par voie d'une décision la conformité avec le Traité des mesures que les États édictent ou maintiennent en ce qui concerne les entreprises visées à l'article 90, § 3 CE [86, § 3]* ». C'est ce qu'a validé la Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 29 mars 2001 ⁽¹²¹⁾ à propos du rabais sur les redevances d'atterrissage dont bénéficiaient les compagnies aériennes portugaises du secteur public titulaires du droit exclusif d'exploitation des aéroports portugais. Pour la Cour, la Commission ne commet pas de détournement de procédure en agissant à l'encontre d'un État sur la base de l'article 86, § 3 CE, au lieu de l'article 226 sur la procédure en manquement.

Libre de choisir quand elle veut adopter une directive ou une décision de l'article 86, § 3, la Commission a également toute latitude pour déterminer la forme la plus appropriée de l'acte qu'elle entend prendre. Qu'elle adopte une directive ou une décision, elle n'a pas à justifier de ce choix. Celui-ci « *dépend de l'objectif poursuivi par la Commission suivant que celle-ci souhaite édicter des règles générales précisant les obligations résultant du Traité ou apprécier une situation déterminée dans un ou plusieurs États membres au regard du droit communautaire et déterminer les conséquences qui en découlent pour le ou les États membres en cause* » ⁽¹²²⁾.

La Commission apprécie également le degré de précision à donner à ses prescriptions. Elle peut se limiter à demander à l'État de supprimer les droits spéciaux ou exclusifs contrevenant aux règles du Traité ou aller jusqu'à préciser les mesures de politique économique que l'État doit prendre pour s'aligner sur le droit communautaire ⁽¹²³⁾. Ce qu'elle a

fait dans trois affaires particulièrement illustratives.

La première affaire mettait en cause le double refus opposé par le gouvernement danois à la société Euro-Port A/S d'opérer dans le port de Roedby, voire de construire de nouvelles installations portuaires au voisinage de ce port possédé et géré par l'entreprise publique DSB. Estimant ce refus incompatible avec l'article 86 CE lu en liaison avec l'article 82 CE, la Commission a offert à l'État danois une alternative : permettre la construction d'un nouveau port au voisinage du port public de Roedby ou autoriser Euro-Port A/S à opérer à partir des installations portuaires existantes ⁽¹²⁴⁾.

La deuxième affaire avait trait au versement imposé à l'opérateur privé de radiotéléphonie mobile GSM en Italie – à l'exclusion de l'opérateur public, Telecom Italia – pour l'octroi d'une concession sur la réalisation et la gestion d'un réseau de radiotéléphonie mobile pour la fourniture du service public de GSM. Cette mesure discriminatoire, ayant été déclarée incompatible avec l'article 86 en liaison avec l'article 82, l'Italie s'est vue proposer par la Commission un double choix : soit d'imposer un paiement identique à l'opérateur public, soit de mettre en œuvre, après accord de la Commission, des mesures compensatoires équivalentes en termes économiques à l'obligation imposée au second opérateur ⁽¹²⁵⁾.

La troisième affaire concernait un dispositif d'exploitation d'un réseau GSM en Espagne identique à celui visé par l'affaire ci-dessus concernant l'Italie. Après avoir constaté l'infraction, la Commission avait indiqué à l'Espagne une alternative légèrement différente de celle proposée dans le cas italien. Le gouvernement espagnol a eu le choix entre un remboursement du versement initial ou, après accord de la Commission, des mesures compensatoires équivalentes en termes économiques à l'obligation imposée au second opérateur ⁽¹²⁶⁾.

Lorsqu'elle adopte, non pas une décision, mais une directive, la Commission peut enfin accorder des délais pour sa mise en œuvre. Dans ses directives sur les télécommunications ⁽¹²⁷⁾, elle a ainsi octroyé des délais aux gouvernements de trois pays (Portugal, Espagne et Grèce) qui en avaient fait la demande ⁽¹²⁸⁾.

(120) Communiqué de presse de la Commission réf IP/05/937 du 15 juillet 2005. Aides d'État : la Commission assure une meilleure sécurité juridique pour le financement des services d'intérêt économique général.

(121) CJCE, République portugaise c/ Commission des Communautés européennes, aff. C-163/99, préc.

(122) V CJCE, République portugaise c/ Commission des Communautés européennes, aff. C-163/99, préc. Pour autant, dans la pratique, face à des États peu enclins à se laisser prescrire leur comportement par la Commission, celle-ci cherche parfois à se justifier. L'un des considérants de la Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à « la concurrence dans les marchés des services de télécommunication » en est une illustration. La Commission éprouve le besoin de rappeler que l'article 90, § 3 (devenu 86, § 3) « impose des devoirs clairs et octroie des compétences bien définies à la Commission (...) » et de préciser qu'en l'espèce « une approche globale s'impose pour mettre fin aux infractions qui persistent dans certains États membres et pour donner des indications claires aux États membres qui réexaminent leur législation afin d'éviter de nouvelles infractions (...) ».

(123) V CJCE, Royaume des Pays-Bas et Koninklijke PTT Nederland NV et PTT Post BV c/ Commission des Communautés européennes, aff.

C-48/90 et C-66/90, préc., ainsi que CJCE, 20 février 1997. Bundesverband der Bilanzbuchhalter c/ Commission des Communautés européennes, aff. C-107/95.

(124) Décision 94/119/CE du 21 décembre 1993.

(125) Décision 95/489/CE du 4 octobre 1995.

(126) Décision 97/181/CE du 18 décembre 1996.

(127) Directives 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, modifiée en dernier lieu par la directive 96/19/CE et 96/2/CE modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles.

(128) Décisions de la Commission 97/310/CE du 12 février 1997 concernant l'octroi au Portugal de délais supplémentaires pour la mise en œuvre des directives 90/388/CEE et 96/2/CE en ce qui concerne la pleine concurrence dans les marchés des télécommunications ; 97/603/CE du 10 juin

B – L'article 86, § 3 : une compétence exercée dans le cadre d'un dialogue avec les États et soumise au contrôle juridictionnel

Avant d'exercer au titre de l'article 86, § 3, ses pouvoirs d'injonction vis-à-vis des États, la Commission engage avec eux une concertation. Les États sont mis à même de s'expliquer sur les raisons justifiant selon eux d'accorder des droits spéciaux ou exclusifs à telle ou telle entreprise dans tel ou tel secteur. Dans une affaire récente mettant en cause des mesures prises par l'État autrichien favorisant l'opérateur public de téléphonie mobile, l'avocat général fait référence à cette démarche « *reposant essentiellement sur un dialogue entre la Commission et l'État membre concerné* » (129).

Cette phase de dialogue, qui n'est enserrée dans aucun délai préfix (130), offre à l'État membre la possibilité de se conformer volontairement aux exigences du Traité. Ce qu'il peut estimer préférable en effet pour éviter d'avoir à agir sous la contrainte et dans de moins bonnes conditions.

De manière générale, la procédure de l'article 86, § 3, respecte les droits de la défense qu'une jurisprudence constante rend applicables en l'absence même de réglementation spécifique (131). C'est ainsi qu'en cas d'infraction, la Commission communique, dès l'ouverture de la procédure, par une lettre de mise en demeure à l'État membre concerné un exposé précis et complet des griefs qu'elle entend retenir à son encontre. L'État est invité à présenter son point de vue dans un délai de deux mois, prorogé dans certains cas (132). La Commission ne peut arrêter sa décision qu'après avoir examiné les observations présentées par l'État en cause (133).

Au surplus, alors qu'aucun texte ni aucun principe ne l'y oblige, la Commission a pris l'habitude d'inviter à faire valoir leurs arguments (134) les entreprises bénéficiaires des droits spéciaux ou

exclusifs et même éventuellement leurs concurrents (notamment s'ils avaient déposé une plainte.)

Bien que l'article 86 CE n'ait pas pour objet d'arbitrer une contestation, mais d'assurer la conformité des réglementations nationales au droit communautaire, la Commission se montre de plus en plus soucieuse de faire comprendre ses décisions. C'est pourquoi elle entend les divers protagonistes. En outre et en dépit de sa capacité à agir sans sollicitation, la Commission ne recourt plus en général à l'article 86, § 3, qu'après avoir été saisie d'une plainte.

Que la Commission instruisse ou non une plainte, qu'elle décide d'adopter une directive ou une décision, ses actes pris sur le fondement de l'article 86, § 3, CE sont susceptibles de recours en annulation devant la Cour de justice européenne. Dans certains cas, leur validité peut même aussi être soumise à l'appréciation des juridictions nationales.

La seule limite est l'irrecevabilité du recours en carence. Dans une affaire relative à la mise en cause par des sociétés de course de l'octroi au PMU de droits exclusifs pour la gestion et l'organisation des paris, le Tribunal de Luxembourg, puis la Cour, ont débouté les requérantes qui se plaignaient de voir l'examen de leur plainte se prolonger de façon excessive (135). L'article 86, § 3, CE conférant à la Commission le pouvoir d'agir « en tant que de besoin », pour la Cour « *cela implique nécessairement l'absence d'une obligation d'agir dans le chef de la Commission* » (136). Car permettre à un requérant de contraindre la Commission à adopter un acte de l'article 86, § 3 serait lui permettre « *par un recours dirigé contre le refus de la Commission de prendre une décision au titre de cet article à l'encontre d'un État membre, [de] contraindre indirectement cet État membre à adopter un acte législatif de portée générale* » (137).

Un arrêt du 20 février 1997 de la CJCE avait laissé entrevoir la possibilité d'un recours en carence dans « *des situations exceptionnelles* » (138). Mais le juge n'a pas été en mesure de préciser cette notion. Et en l'état de la jurisprudence la plus récente (sous réserve d'autres évolutions), ce recours paraît exclu. Dans une affaire Commission c/ max.mobil (139), la Cour a rejeté en effet sans autre condition le recours d'un opérateur privé de téléphonie mobile autrichien contre le refus de la Commission de donner

1997 concernant l'octroi à l'Espagne de délais supplémentaires pour la transposition de la directive 90/388/CEE de la Commission en ce qui concerne la pleine concurrence dans les marchés des télécommunications ; 97/607/CE du 18 juin 1997 concernant l'octroi de délais supplémentaires à la Grèce pour la mise en œuvre de la directive 90/388/CEE relative à la pleine concurrence dans les marchés des services de télécommunications

(129) Cf. conclusions de l'avocat général Miguel Poiares Maduro présentées le 21 octobre 2004 dans l'affaire C-141/02, Commission c/ max mobil Telekomunikation Service GmbH (point 28).

(130) La durée des procédures entamées par la Commission sur le fondement de l'article 86, § 3 CE peut varier de 6 mois à plus de 5 ans

(131) Ici, en l'absence d'un règlement venant préciser la procédure applicable à la mise en œuvre de l'article 86, § 3 CE. V. CJCE, Royaume des Pays-Bas et Koninklijke PTT Nederland NV et PTI Post BV c/ Commission des Communautés européennes, aff. C-48/90 et C-66/90, préc. (points 44 à 46)

(132) V. par ex : décision 2001/176/CE de la Commission du 21 décembre 2000 relative à une procédure d'application de l'article 86 du Traité CE relative à la fourniture, en Italie, de nouveaux services postaux de remise garantie à une date ou à une heure prédéterminées

(133) CJCE, Royaume des Pays-Bas et Koninklijke PTT Nederland NV et PTI Post BV c/ Commission des Communautés européennes, aff. C-48/90 et C-66/90, préc. (points 33 à 35 et point 37)

(134) TPICE, Vlaamse Televisie Maatschappij NV c/ Commission, aff. T-266/97

(135) TPICE, 18 septembre 1995, Ladbroke Racing Ltd c/ Commission des Communautés européennes, aff. T-548/93, points 45 et 46 et CJCE, en appel, 11 novembre 1997, Commission des Communautés européennes et République française c/ Ladbroke Racing Ltd, aff. C-359/95 et 379/95

(136) CJCE, 12 juillet 2001, Commission des Communautés européennes, République française c/ Télévision française 1 SA (TF1), aff. C-302/99, C-308/99 (point 93)

(137) CJCE, Bundesverband der Bilanzbuchhalter, aff. C-107/95, préc. (point 28)

(138) CJCE, Bundesverband der Bilanzbuchhalter c/ Commission, aff. C-107/95, préc.

(139) CJCE, 22 février 2005, Commission des Communautés européennes c/ T-Mobile Austria GmbH, aff. C-141/02

suite à sa plainte sur les avantages consentis à l'opérateur public par l'État autrichien. Il n'y a en effet en principe recevabilité d'un recours en carence que si une autorité communautaire est tenue d'agir. Or, selon la CJCE, la Commission n'est « pas tenue d'engager une action au sens des dispositions [de l'article 86, § 3], les particuliers ne pouvant exiger de cette institution qu'elle prenne position dans un sens déterminé » (140).

Il va de soi que si la Commission décide d'agir, la protection juridictionnelle à l'encontre des actes communautaires faisant grief joue pleinement. Les décisions et directives de l'article 86, § 3, CE peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Conformément à l'article 230 CE, ce recours est ouvert au premier chef aux États destinataires de l'acte (141). Il est aussi ouvert dans les conditions habituelles de recevabilité aux entreprises bénéficiaires des droits spéciaux ou exclusifs et même aux entreprises concurrentes (142). Ainsi, dans l'affaire Pays-Bas c/ Commission du 12 février 1992, la Cour a conclu au caractère fondé des recours en annulation formés respectivement par les Pays-Bas et les entreprises PTT à l'encontre de la décision 90/16/CEE de la Commission du 20 décembre 1989 relative à la prestation aux Pays-Bas du service de courrier rapide. Concernant les entreprises « bénéficiaires directes de la mesure étatique contestée » la Cour a relevé *inter alia* « qu'elles sont nommément désignées dans la loi postale, qu'elles sont explicitement visées par la décision litigieuse et supportent directement les conséquences économiques de cette décision ».

Le contrôle juridictionnel des décisions ou directives de la Commission prises en vertu de l'article 86, § 3, est toutefois restreint, comme en témoigne par exemple l'arrêt FFSA c/ Commission du TPICE rendu à propos d'une décision aide d'État incluant une analyse combinée de l'article 86, § 2 (143). Dans cette affaire, le Tribunal rappelle la jurisprudence constante suivant laquelle « dans le cadre d'un recours en annulation, il appartient uniquement au juge communautaire de vérifier si la décision attaquée est entachée d'une des causes d'illégalité prévues à l'article 173 [230] du Traité, sans pouvoir substituer son appréciation en fait, notamment sur le plan économique, à celle de

l'auteur de la décision » (144). Il précise que son contrôle doit donc essentiellement « se limiter à la vérification de l'exactitude matérielle des faits et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation » (145). Et ce d'autant plus, selon le Tribunal, que l'application de l'article 86, § 2, suppose d'apprécier les exigences inhérentes à la mission particulière des entreprises concernées en relation avec des faits économiques complexes.

Une justification analogue a été avancée, dans l'affaire « max.mobil » précitée, par l'avocat général s'agissant d'actes pris en vertu de l'article 86, § 3 CE en liaison avec des dispositions sur la libre concurrence. Dans ses conclusions, l'avocat général Miguel Poiares Maduro invoque le fait que « l'exercice des pouvoirs reconnus à la Commission en application des règles de concurrence comporte des appréciations complexes en matière économique », tout en faisant observer que si « le juge doit respecter ce caractère en limitant le contrôle qu'il exerce sur de telles appréciations, il n'en demeure pas moins que le contrôle ainsi conçu est un contrôle de légalité complet, en ce sens qu'il s'attache à l'ensemble des vices régulièrement contrôlés par le juge dans le cadre du recours en annulation (...) » (146).

Nonobstant son contrôle restreint, le juge veille naturellement au respect du principe de proportionnalité comme principe général du droit communautaire (147). Dans le cadre d'un recours en annulation initié par l'Espagne, la Belgique et l'Italie contre une directive de l'article 86, § 3 relative à la concurrence sur le marché des télécommunications (148), le gouvernement italien avait invoqué la violation par la Commission du principe de proportionnalité, eu égard à l'interdiction générale des droits exclusifs de fourniture de certains services de télécommunications. Sans accueillir le moyen, la Cour, dans son arrêt Espagne c/ Commission du 17 novembre 1992, l'a néanmoins clairement intégré dans le cadre de son contrôle (149).

Large pouvoir d'appréciation ne veut pas dire dispense de motivation. Aussi, la motivation des actes pris par la Commission sur le fondement de l'article 86, § 3, CE doit-elle être conforme aux stan-

(140) CJCE, Commission des Communautés européennes c/ T-Mobile Austria GmbH. aff. C-141/02 (point 69). préc.

(141) Décision 2001/176/CE, préc.

(142) Sont ici visées les conditions de l'article 230, § 4 du Traité : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement » V sur ce point les aff. C-107/95 et C-141/02. arrêts préc.

(143) TPICE. Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) c/ Commission, aff. T-106/95, préc., concernant un recours en annulation contre une décision de la Commission faisant une application combinée de l'article 87 et de l'article 86, § 2, du Traité CE

(144) TPICE. Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) c/ Commission, aff. T-106/95, préc., point 101.

(145) TPICE, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) c/ Commission, aff. T-106/95, préc., point 101.

(146) Conclusions de l'avocat général Miguel Poiares Maduro dans l'affaire C-141/02, Commission c/ Max Mobile Telekommunikation Service GmbH, préc.

(147) Jurisclasseur Europe 2002, Les recours juridictionnels - Recours en annulation : le contrôle du respect du principe de proportionnalité est un contrôle minimal, qui ne peut aboutir à censurer un choix normatif du législateur communautaire qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation, ou de disproportion manifeste entre les avantages attendus du texte et les inconvénients qui en résulteraient pour les opérateurs économiques

(148) Directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications

(149) CJCE. 17 novembre 1992, Royaume d'Espagne, Royaume de Belgique et République italienne c/ Commission, aff. jointes C-271/90, C-281/90 et C-289/90

dards habituels. C'est en ce sens que la Cour dans l'arrêt Portugal c/ Commission ⁽¹⁵⁰⁾ a considéré que : « Lorsque la Commission adopte une décision fondée sur l'article 90, § 3, du Traité [86, § 3], elle doit faire apparaître de manière suffisamment claire les raisons pour lesquelles elle considère que la mesure étatique en cause enfreint les dispositions du § 1 de cette disposition et ne peut, le cas échéant, bénéficier des dérogations permises par son § 2 ».

En dehors du recours en annulation contre une décision de la Commission devant les juridictions communautaires, un particulier dispose de la faculté d'intenter une action devant le juge national en invoquant la violation des dispositions de l'article 86 CE.

Le juge national est en effet compétent à double titre. D'une part, l'article 86, § 1 CE en tant que norme de renvoi engendre des droits subjectifs dans le chef des particuliers que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Comme l'a relevé la CJCE, dans son arrêt « Merci » : « Même dans le cadre de l'article [86] du Traité, les dispositions des articles [28], [39] et [82] du Traité ont un effet direct et engendrent pour les particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder » ⁽¹⁵¹⁾. D'autre part, la Cour européenne a reconnu la compétence du juge national pour connaître des questions liées à « la compatibilité des pratiques d'une telle entreprise avec l'article 86 et de vérifier si ces pratiques, au cas où elles sont contraires à cette disposition, peuvent être justifiées par les nécessités découlant de la mission particulière qui serait éventuellement impartie à l'entreprise » ⁽¹⁵²⁾.

Un particulier, mais aussi une entreprise bénéficiaire de mesures étatiques contestées, peuvent donc se prévaloir directement des dispositions de l'article 86 dans le cadre d'un litige national. Il s'agira, pour l'un, de se prévaloir d'une violation de l'article 86 CE ⁽¹⁵³⁾ et pour l'autre, d'en tirer une justification à ses pratiques ⁽¹⁵⁴⁾. Cette possibilité d'invoquer les dispositions de l'article 86 devant le juge national s'étend aux actes pris par la Commission sur le fondement de l'article 86 § 3 CE. Un particulier est en droit d'invoquer devant ce juge la contrariété d'une réglementation nationale avec

(150) CJCE, 29 mars 2001. République portugaise c/ Commission. aff. C-163/99, préc.

(151) V. par ex. CJCE, Merci, aff. C-179/90, préc. et CJCE, 8 juin 2000, Carra e.a., aff. C-258/98.

(152) CJCE, ERI c/ DEP, aff. C-260/89 (points 33-34), préc. (153) V. par ex. pour une application combinée de l'article 86, § 1 et 82 par le juge national, arrêt de la C. Paris, 7 février 1994, Communication media services « CMS » c/ France Telecom, n° 93-8769 ; arrêt du CE, 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance e.a.

(154) V. notamment CJCE, BRT-II, aff. C-127/73, préc. : « Il appartient donc au juge national de rechercher si une entreprise qui invoque les dispositions de l'article 90, § 2, pour se prévaloir d'une dérogation aux règles du Traité, a été effectivement chargée par l'État membre de la gestion d'un service d'intérêt économique général » ou encore CJCE, Corbeau, aff. C-320/91, préc.

une directive de la Commission. L'affaire Mobistar SA ⁽¹⁵⁵⁾ qui concernait un litige national portant sur la compatibilité de taxes locales avec la directive n° 90/388/CE de la Commission relative aux services de télécommunications ⁽¹⁵⁶⁾ en fournit une illustration parmi d'autres ⁽¹⁵⁷⁾. Le contrôle du juge national dans ce cadre est relativement technique, notamment lorsqu'il a à déterminer la portée de la dérogation aux règles du marché prévue par l'article 86, § 2, CE en matière de SIEG ⁽¹⁵⁸⁾.

Ce tour d'horizon de l'application de l'article 86 CE en démontre suffisamment l'utilité. Il paraît évident que face à une concurrence accrue des pays émergents, l'Europe doit se hâter de parachever son marché intérieur. Or un « coup de pouce » de la Commission, lorsqu'elle use des pouvoirs que lui confère l'article 86, § 3, peut être appréciable pour accélérer le mouvement.

L'article 86 CE met surtout en évidence le rôle directeur impartie à la Commission dans la surveillance de l'application du droit communautaire. Les compétences que la Commission tient de l'article 86 sont bien moins étendues que celles qui étaient attribuées à la Haute Autorité de la CECA par le Traité de Paris ⁽¹⁵⁹⁾. Il n'est pas question de ressusciter ce Traité. Il s'agit simplement de ne pas perdre de vue l'intérêt d'un mécanisme tel que celui de l'article 86 CE pour permettre, au cas par cas, de faire évoluer certains types de comportements protectionnistes des États qui sont autant de freins à la croissance économique de l'Europe.

(155) CJCE, 8 septembre 2005. Mobistar SA c/ Commune de Fléron et Belgacom Mobile SA c/ Commune de Scaerbeek. aff. C-544/03 et C-545/03.

(156) Article 3 quater de la directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (JO L. 192, p. 10), modifiée, en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, par la directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 (JO L. 74, p. 13).

(157) CJCE, 27 octobre 1993. Procédure pénale c/ Decoster, aff. C-69/91 et CJCE, 27 octobre 1993, Procédure pénale c/ Taillandier, aff. C-92/91.

(158) CJCE, Corbeau, aff. C-320/91, préc. Dans cette affaire, la Cour a indiqué que le juge national devait, afin de déterminer si la dérogation prévue à l'article 86, § 2 trouvait à s'appliquer, recourir à un test de nécessité et de proportionnalité. Il devait se livrer à un examen visant à déterminer « dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l'exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables ».

(159) La Haute Autorité de la CECA pouvait par exemple décider, en consultation avec le gouvernement intéressé, mais sous la menace de sanctions, les prix et conditions de vente offerts par une entreprise dès lors que celle-ci lui apparaissait susceptible d'abuser de sa position dominante (article 66, § 7 du Traité CECA).