



La notion d'infrastructure essentielle dans la régulation sectorielle

La reconnaissance de l'existence d'une facilité ou d'une infrastructure essentielle permet de limiter la liberté contractuelle du détenteur de cette facilité. **Il se voit alors généralement soumis à deux contraintes : il doit offrir l'accès à l'infrastructure qu'il détient ou contrôle à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, et cet accès doit être proposé selon certaines conditions, en général, et *a minima*, de manière non discriminatoire.**

Au carrefour du droit et de l'économie, la théorie des infrastructures essentielles⁽¹⁾ a été une réponse originale et paradoxale permettant d'atteindre des objectifs d'ouverture de marchés à la concurrence ou de partage bénéfique de ressources limitées. Née dans les industries de réseaux, elle a pu être jugée applicable à d'autres domaines tels que les biens incorporels, la propriété intellectuelle...

Infrastructure essentielle et position dominante

La théorie des infrastructures essentielles est fondée sur le *Sherman Act* américain de 1890 condamnant les pratiques concertées et les monopoles restreignant le libre commerce entre Etats, appliqué pour la première fois dans l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis « *Terminal Railroad* » de 1912. Le Consortium du même nom contrôlait un nœud ferroviaire à Saint-Louis, et par là même les entrées et sorties de la ville. Il a été jugé qu'il fallait admettre des tiers concurrents au consortium, ou bien le dissoudre.

Elle a ensuite été consacrée en droit communautaire sur le fondement de l'article 86 du Traité des Communautés Européennes proscrivant l'exploitation abusive d'une position dominante sur un marché⁽²⁾.

La Commission européenne s'est ainsi prononcée sur le comportement d'acteurs en position dominante en matière d'infrastructures non duplicables. La Cour de justice des communautés européennes a ainsi validé son approche : « *une entreprise qui possède ou gère et utilise elle-même une installation essentielle, c'est-à-dire [...] sans laquelle ses concurrents ne peuvent offrir de services à leurs clients et qui leur refuse l'accès à cette installation, abuse de sa position dominante*⁽³⁾ ».

Quand bien même l'accès de tiers concurrents à l'infrastructure apparaît permis, un tel abus peut également être constitué au regard des conditions de cet accès, s'il apparaît notamment qu'elles sont discriminatoires ou déraisonnables⁽⁴⁾.

Son acception en droit français

Cette théorie a été reprise en droit français en 1997, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁽⁵⁾, à propos d'un héliport. Cette même cour a étendu cette notion au delà des industries de réseau, en jugeant que « *le fichier des abonnés au service public*

de téléphonie constitue pour France Télécom une facilité essentielle⁽⁶⁾ ».

C'est le Conseil de la concurrence, par un avis en date du 22 mai 2002, qui a posé le plus solennellement les critères pour la qualification d'une infrastructure essentielle. Ils sont au nombre de cinq : 1) l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ; 2) l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ; 3) l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; 4) l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ; 5) l'accès à l'infrastructure est possible⁽⁷⁾.

Soupçonnée parfois de décourager la prise de risque et l'investissement ou de favoriser un certain parasitisme, vécue souvent comme une expropriation ou une violence faite à la liberté contractuelle, la notion ainsi développée a par la suite fait l'objet d'une interprétation stricte, voire plus restrictive⁽⁸⁾. Selon la Cour de cassation, il faut notamment que la facilité en question soit « *indispensable* » à l'activité de l'entreprise qui en réclame l'accès, et qu'il n'existe pas de « *solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses*⁽⁹⁾ ».

Une notion irrigant les régulations sectorielles

La notion de facilité essentielle a été également mise en œuvre par les textes régissant l'ouverture à la concurrence de certains secteurs, tels ceux du gaz⁽¹⁰⁾, de l'électricité⁽¹¹⁾, et bien entendu des communications électroniques⁽¹²⁾.

Ces textes sectoriels aménagent alors précisément les modalités d'accès des tiers aux réseaux et aux infrastructures. Ainsi, peuvent se voir prescrites, outre la non-discrimination, des obligations d'accès équitable, de transparence, d'encadrement tarifaire voire d'orientation des tarifs vers les coûts, ainsi que des aspects techniques de l'accès aux ressources ou infrastructures concernées.

Par exemple, le règlement communautaire du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale⁽¹³⁾ procède de la notion d'infrastructure essentielle : ses considérants, ainsi que les textes

préparatoires⁽¹⁴⁾, sont explicites. Ce règlement a enjoint aux opérateurs détenteurs de la boucle locale de cuivre de proposer une offre de référence, et de faire droit à toute demande raisonnable d'accès, sous la surveillance de chaque régulateur national.

La notion se retrouve souvent examinée et appliquée de concert par le régulateur sectoriel et l'autorité de concurrence nationale, par le biais de leurs saisines mutuelles pour avis⁽¹⁵⁾. Ainsi, en matière de communication électronique et dans le cadre de leurs régulations respectives, *ex post* et *ex ante*, l'Autorité et le Conseil de la concurrence ont pu ensemble qualifier d'essentielles les facilités suivantes : départ et terminaison d'appel fixe⁽¹⁶⁾, terminaison d'appel mobile⁽¹⁷⁾ ; et boucle locale cuivre⁽¹⁸⁾ notamment. ■

⁽¹⁾ Issue du droit de la concurrence américain, la notion d'essential facilities se retrouve traduite en français par les expressions de facilités, d'infrastructures, ou encore de ressources essentielles.

⁽²⁾ La Commission européenne a utilisé pour la première fois cette notion en 1992, à propos du port irlandais de Holyhead. Cf. décision du 11 juin 1992, Sealink contre B&I, COM 92 123.

⁽³⁾ CJCE, 3 octobre 1985, aff. 311/84 CBEM, dit Telemarketing.

⁽⁴⁾ Cf. décision de la Commission du 11 juin 1992, Sealink contre B&I précitée.

⁽⁵⁾ CA Paris, Héli-Inter assistance, arrêts du 9 septembre 1997 et du 30 juin 1998.

⁽⁶⁾ Arrêt du 1^{er} septembre 1998, SFR contre France Télécom.

⁽⁷⁾ Avis 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'association pour la promotion de la distribution de la presse (APDP), à propos de réseaux de dépositaires de presse.

⁽⁸⁾ Initiée par CJCE 26 novembre 1998, 7197, Oscar Bronner contre Mediaprint. Cour d'appel de Paris, 21 mai 2002 relatif au recours formé par la SA TDF contre la décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis.

⁽⁹⁾ Cass. com., 12 juillet 2005, n°04-12.388.

⁽¹⁰⁾ Cf. 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.

⁽¹¹⁾ Cf. 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.

⁽¹²⁾ Dans une communication du 22 août 1998 relative aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications et de l'audiovisuel, la Commission précise que le terme d'installation essentielle appliqué au droit des télécommunications est « l'installation ou l'infrastructure indispensable pour assurer la liaison avec les clients, ou permettre aux concurrents d'assurer leur activité et qui serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables ».

⁽¹³⁾ Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale.

⁽¹⁴⁾ Cf. Communication de la Commission relative au dégroupage de l'accès à la boucle locale (COM(2000) 237 du 26 avril 2000) ; et Recommandation de la Commission 2000/417/CE du 25 mai 2000 relative au dégroupage de l'accès à la boucle locale.

⁽¹⁵⁾ Cf. art. L. 34-8, L. 36-10 et L. 37 du code des postes et des communications électroniques.

⁽¹⁶⁾ Par ex., avis du Conseil de la concurrence 04-A-01 du 8 janvier 2004 et 05-A-03 du 31 janvier 2005, décision ARCEP n°05-0571 du 27 septembre 2005.

⁽¹⁷⁾ Par ex., cf. avis du conseil de la concurrence n° 04-A-17 du 14 octobre 2004 et 07-A-05 du 19 juin 2007, décision Arcep n°07-0810.

⁽¹⁸⁾ Cf. par ex. avis n°00-28 de l'Autorité en date du 7 janvier 2000 ; décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit (*ex post*).