

## L'inclusion du concept des facilités essentielle dans la loi de la concurrence

إدراج مصطلح التسهيلات الأساسية في قانون المنافسة

Ghiles TOUATI \*

Université de Bejaia

ghilestouati1@gmail.com

Date de soumission :24/02/2022 Date d'acceptation :10/05/2022 Date de publication :15/06/2022

### Résumé :

Le terme facilité essentielle englobe les différents éléments matériels et immatériels dont dispose une entreprise en position dominante qui sont, en effet, indispensables pour accéder au marché. On peut apprécier «l'essentialité» dans cet aspect, soit à travers la nécessité ; la facilité est indispensable pour exercer l'activité économique, soit à travers la substituabilité ; la facilité constitue l'unique moyen pour accéder au marché. Ainsi afin d'effectuer l'étude du marché pertinent, du fait qu'il constitue un élément primordial dans l'appréciation de la facilité, le caractère spécifique de cette dernière doit être confirmé et démontré.

**Mots clés :** Facilité. essentialité. marché. nécessité.

**Abstract:** The term "essential facility" encompasses the different tangible and intangible elements that a dominant company has at its disposal and that are indispensable for accessing the market. The essentiality of this aspect can be appreciated either through necessity or through the fact that the facility constitutes the only means of accessing the market. Thus, in order to carry out the study of the relevant market, since it constitutes a primordial element in the appreciation of the facility, the specific character of the latter must be confirmed and demonstrated

**Keywords:** Facility. essentiality. market. necessity.

\* Auteur correspondant

## Introduction

Le droit de la concurrence fait partie des lois qui ont récemment émergé, il a pour objet de mettre fin aux monopoles et aux pratiques restrictives de la concurrence. Il contient de nombreuses notions et termes qu'il convient toutefois d'éclairer, afin d'en simplifier la compréhension et de contribuer à faciliter leur utilisation par les organismes en charge de la concurrence lorsqu'ils exercent leurs différents pouvoirs visant à protéger l'ordre public concurrentiel.

Le concept des facilités essentielles est l'un des concepts modernes qui ont été reçus au niveau du droit de la concurrence et du droit de la régulation sectorielle, notamment en droit algérien, sauf que le législateur algérien n'a fait aucune référence explicite à ce concept, à l'exception de la loi sur les communications électroniques de 2018 en utilisant le terme « installation de base essentielle »<sup>1</sup>.

Or l'accès à ces facilités constitue l'un des moyens majeurs qui, sans doute, contribueront à la maturation des règles du marché et garantir ainsi la transition du droit de la régulation économique, en permettant à de nouveaux opérateurs économiques de les utiliser pour entrer sur le marché et concurrencer l'opérateur historique détenteur de ces facilités. Ces facilités, peuvent constituer cependant, un moyen redoutable pour fausser le jeu concurrentiel sur le marché.

L'importance majeure de ce concept est double ; d'une part il peut constituer un moyen incontestable dans la construction des marchés concurrentiels afin de concrétiser les objectifs de la régulation d'une part, cependant il peut constituer un facteur destructeur, il peut, en effet, fausser le marché par le recours à des pratiques restrictives de la concurrence en exploitant ces facilités, ce qui empêche la maturation des règles du marché d'autre part, ce qui nous amène à essayer de mettre l'accent sur ce concept et chercher sa signification, en posant la question suivante : Quel sont les critères qui doivent être réunis afin de qualifier une facilité d'essentielle en droit de la concurrence?

Cerner la notion des facilités essentielles exige de mettre l'accent sur sa définition (**premièrement**), Cependant, s'arrêter à ce que ces critères sont censés être n'est pas suffisant pour déterminer précisément leurs implications, ce qui exige leur appréciation pratique (**deuxièmement**).

### **Premièrement : La notion de la facilité: Entre le critère de la nécessité et le critère d'unité**

Dans le domaine des facilités essentielles, la jurisprudence et les décisions des organes chargés de la concurrence ainsi que les avis doctrinaux ne se contentent pas d'une définition unique des facilités essentielles, et cela varie en fonction de l'angle de définition de cette dernière. Par exemple, elle a été définie comme: L'ensemble des moyens matérielles et immatérielles détenues par une entreprise dominante pour laquelle il n'existe pas de substitut et que d'autres jugent nécessaires à l'activité économique sur le marché. L'analyse de cette définition nous permet de concevoir les

critères de l'essentialité de la facilité, qui sont le critère de la nécessité et le critère de l'unité. La volonté de définir précisément le terme « essentiel » nécessite dans un premier temps d'éclairer la notion de ces critères, notamment à travers la pratique des organismes en charge de la concurrence et de la jurisprudence ainsi que des opinions doctrinales.

Par ailleurs, Le choix du terme « facilité » plutôt que d'autres termes tels que sources, structures et installations de base est justifié par deux raisons principales ; la première justification est l'incapacité de ces termes à tenir compte de tout ce qui est essentiel pour l'activité économique, comme les droits de propriété intellectuelle et les fonds immatériels, tandis que la deuxième justification se reflète dans la signification de ce concept, le terme « facilité » a été choisi en tant que concept ayant une signification téléologique, c'est-à-dire la nécessité d'accorder l'entrée chaque fois que ses conditions sont remplies.

A cet égard, on constate que l'expression de l'essentialité peut être fondée sur l'un des deux critères .C'est-à-dire que l'essentialité est exprimée conformément au critère de nécessité sans le critère d'unité ou exprimée conformément au critère de l'unité sans le critère de nécessité, tandis que la nature fondamentale de la facilité peut être exprimée en utilisant les deux critères.

## **1. L'expression de l'essentialité selon l'un des deux critères**

En se référant à la jurisprudence, aux décisions des organismes chargés de la concurrence et aux avis des spécialistes, on constate une grande divergence en effet, ils sont divisés dans leurs références au concept de l'essentialité, certains l'a définie sur la base du critère de nécessité et d'autres l'a définie sur la base de du critère de l'unicité.

### **1.1. Définition de l'essentialité selon le critère de nécessité : la facilité est un moyen indispensable pour rentrer sur le marché**

La facilité essentielle selon le critère de nécessité est définie comme la facilité nécessaire à l'activité économique, à cet égard, les décisions prises en matière des facilités essentielles, soient par des organismes spécialisés chargés en matière de la concurrence ou les organes judiciaires, et le point de vue de la doctrine, ne sont guère dépourvues de référence à ce critère.

Revenant aux nombreuses affaires traitées par la justice américaine par exemple, concernant les facilités essentielles, on constate qu'il existe de nombreuses décisions dans lesquelles la justice américaine se réfère au critère de nécessité pour définir la facilité essentielle comme le moyen nécessaire à l'activité économique. Une définition qui est exprimée indirectement, lorsque le juge a souligné que la facilité essentielle est la facilité nécessaire à une concurrence effective<sup>2</sup>. Dans cette vision, on constate que le juge n'a pas mis l'accent, dans sa définition sur l'objectif direct de l'essentialité, qui est l'exercice d'une activité économique, mais plutôt sur un objectif plus important, qui est une finalité indirecte qui se manifeste par la

réalisation d'une concurrence effective sur le marché. À cet égard, il est inconcevable que cette concurrence effective se réalise sans l'exercice de l'activité économique. Dans cette définition, le juge a tenté de lier la facilité essentielle à un objectif plus important que la simple activité économique, il s'agit d'établir une véritable concurrence sur le marché. Si nous essayons de lier ces deux objectifs à la facilité essentielle, cette dernière peut être définie comme une facilité nécessaire à l'activité économique en vue de parvenir à une concurrence effective sur le marché.

Selon cette définition, elle a été considérée dans un autre cas comme la facilité nécessaire à la vitalité du processus concurrentiel sur le marché.<sup>3</sup>

Ce qui est noté dans les définitions ci-dessus, c'est que le système judiciaire américain a essayé de donner une image de l'essentialité en se concentrant principalement sur les avantages de permettre l'accès à la facilité essentielle, en particulier le maintien d'un équilibre concurrentiel sur le marché.

Dans une autre décision, la justice américaine a défini la facilité essentielle selon le même critère toujours, comme : Toute facilité selon laquelle le refus d'y accéder entraverait ou éliminerait la concurrence sur un marché antérieur ou ultérieur.<sup>4</sup>

Dans le même contexte, la facilité essentielle a toujours été définie comme une facilité qui en raison du manque d'accès à celle-ci entraîne l'incapacité d'entrer sur le marché ou de s'engager dans l'activité économique.

À cet égard, alors que le premier groupe s'est concentré sur les avantages de permettre l'accès au marché et sur la prévalence de la concurrence à son niveau, un deuxième groupe s'est en revanche concentré sur les effets négatifs qui peuvent en découler de l'impossibilité d'accéder à la facilité essentielle, en particulier pour porter préjudice à la concurrence, en compromettant la concurrence, sa distorsion, ainsi que pour exclure ou entraver l'adhésion des opérateurs économiques sur le marché.

Dans ce contexte, des auteurs examinent les définitions citées par les juridictions américaines, sous un autre angle, considérant qu'à travers la première catégorie de définitions à laquelle nous avons fait référence, où la justice américaine a essayé de mettre en évidence ce concept en se concentrant sur l'opérateur économique demandant l'entrée ou l'obtention d'une facilité essentielle ; Leur justification est que : lier la facilité essentielle à l'activité économique signifie qu'il existe un opérateur économique qui la juge nécessaire pour accéder au marché ou y demeurer. Quant à la deuxième catégorie, ils considèrent que la justice américaine les a formulés en se concentrant davantage sur l'opérateur économique détenteur de la facilité essentielle, au motif que le résultat qui a compromis la concurrence sur le marché, l'a entravé et/ou faussé, est le refus du titulaire de permettre l'accès ou d'obtenir l'entrée.<sup>5</sup>

Une telle analyse et lecture des définitions fournies par le pouvoir judiciaire américain pour les facilités essentielles selon le critère de la nécessité ne contredit pas notre analyse et lecture pour les mêmes définitions de ces instances judiciaires, mais

plutôt que cette diversité est justifiée par l'angle différent sous lequel ces définitions sont envisagées, car la description que nous avons ajoutée au critère de la nécessité est uniquement dû au fait que notre étude est axée sur les conséquences d'autoriser ou pas l'accès à la facilité, alors que la lecture de ces auteurs pour le critère de la nécessité était focalisée sur l'opérateur économique, soit le demandeur d'accès, soit le titulaire de la facilité essentielle. À cet égard, nous notons que cette diversité n'entraîne aucune perception erronée de la notion de l'essentialité, au contraire, elle conduira à une clarification supplémentaire du critère de la nécessité, donnant ainsi à l'autorité de la concurrence plusieurs options dans la recherche de la nécessité de l'élément objet de conflit dans l'exercice de l'activité économique.

Dans le même contexte, malgré la nouveauté de la notion des « facilités essentielle » en droit Français, où la première utilisation explicite de ce terme remonte à l'affaire « Jet Système » en 1996, il a connu par la suite un usage courant, auprès du « Conseil de la concurrence Français en particulier.

À cet égard, cette instance n'a pas hésité à fournir une définition de l'essentialité comme étant une facilité nécessaire à l'exercice de l'activité économique. Dans sa décision du 14 octobre 2004, le Conseil de la concurrence Français a défini l'infrastructure essentielle comme : celle qui doit obligatoirement permettre aux entreprises actives sur un marché aval (ou amont) d'y entrer afin de concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure<sup>6</sup>. Il s'agit de la même définition adoptée par la même autorité dans une décision rendue par elle le 22 mai 2002.

Dans le même contexte, on constate que le caractère de la nécessité a été exprimé par la doctrine. Le professeur VEGIS se réfère à la notion de nécessité en disant : qu'il s'agit d'une facilité essentielle si elle est viable, c'est-à-dire si elle permet aux concurrents d'entrer ou de rester sur le marché ou, en d'autres termes, les concurrents ne peuvent pas être actifs sur le marché sans faire usage de la facilité concernée.<sup>7</sup>

Pour sa part, le professeur BAZEX Michel présente deux définitions précieuses de la facilité essentielle selon le critère de la nécessité en précisant que : la facilité est essentielle, si elle est nécessaire à l'exercice d'une activité spécifique<sup>8</sup>, ajoutant ensuite qu'il s'agit de l'élément auquel il faut accéder pour pouvoir pénétrer un autre marché.<sup>9</sup>

## **1.2. Définition de l'essentialité selon le critère de l'unicité : l'absence de substitut réel et potentiel**

Quant au critère d'unicité, à travers lequel la facilité essentielle est présentée, pour laquelle il n'y a pas de substitut immédiat et potentiel, on trouve de nombreuses décisions au niveau de la justice américaine qui se réfèrent à ce critère dans la définition de l'essentialité.

Parmi les définitions qu'on peut relever : celles qui se réfèrent à la facilité essentielle comme une facilité qui ne peut être dupliquée<sup>10</sup>. A travers cette approche,

la justice américaine a fourni une définition pour l'essentialité du point de vue du critère de l'unité en se référant uniquement à l'absence d'un substitut potentiel mais sans aborder la question de l'absence d'un substitut immédiat. Bien qu'on l'ait indiqué précédemment, on ne peut dire que le critère de l'unité est atteint, à moins que l'absence des substituts immédiats et potentiels est confirmée, car on ne peut pas parler d'une essentialité si un substitut potentiel existe même si le substitut immédiat est absent, et vice versa, car le statut de l'essentialité tombe dès que le substitut immédiat est prouvé, peu importe si le substitut potentiel existe ou non.

À partir de ces données, peut-on dire que la justice américaine a négligé une donnée aussi fondamentale et décisive dans la recherche de la facilité essentielle? De notre point de vue, La description du concept de l'essentialité par le pouvoir judiciaire des États-Unis, en l'absence d'un substitut potentiel seulement est une indication indirecte et une reconnaissance implicite que la facilité en question manque de substitut immédiat. Il est déraisonnable pour le système judiciaire américain de trouver un substitut immédiat et, en retour, continue de rechercher l'essentialité de la facilité en s'assurant l'existence d'un substitut potentiel ou non.

Le conseil de la concurrence Français de son coté n'a pas manqué de définir l'essentialité à travers le critère de l'unicité dans de nombreuses décisions et avis relatives aux facilités essentielles. Dans son avis du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques<sup>11</sup>, il a reconnu le caractère essentiel de la boucle locale de France télécom en se basant sur l'absence de substitut réel et potentiel. En effet, le Conseil a considéré que l'accès à la boucle local de cette société, qui compte 30 millions d'abonnés, est essentiel pour le reste des opérateurs, sur la base que le reste des technologies d'entrée en abonnement ne peuvent pas être considérées comme de véritables substituts à cette boucle locale. En l'espèce, le conseil souligne l'absence d'un substitut immédiat, et il a également considéré que la création d'un réseau local concurrent de ceux détenus par France télécom, estimé à 30 milliards d'euros, ne constitue pas un substitut économique raisonnable<sup>12</sup>, ce qui indique l'absence d'un substitut potentiel. La décision du conseil de la concurrence Français, en plus de fournir une définition importante des facilités essentielles à travers un exemple pratique qui est la boucle locale, a, en revanche, confirmé, sans aucun doute, la nécessité de réaliser la condition de l'absence d'un substitut réel et potentiel pour confirmer le caractère d'unicité de la facilité.

Dans le cadre de la définition des facilités essentielles selon le critère de l'unicité, le conseil de la concurrence Français a considéré dans sa décision du 9 novembre 2004 – concernant l'entreprise « Apple computer » que : le caractère indispensable de l'accès à une facilité essentielle, notamment le fait qu'il ne doit pas exister de substitut réel ou potentiel.<sup>13</sup>

## 2. La définition de l'essentialité selon les deux critères ensemble

On note à cet égard que l'expression de l'essentialité de la facilité, en faisant usage des deux critères exige, qu'au niveau de la définition, une référence au critère de nécessité de la facilité afin d'exercer l'activité économique tout en indiquant l'absence d'un substitut.

En droit Américain, par exemple, au niveau de ses organes judiciaires, on trouve plusieurs définitions des facilités essentielles où les critères ci-dessus se rencontrent. Parmi ces définitions, qui décrivent la facilité essentielle en combinant le critère de la nécessité avec le critère de l'unicité, figure celle d'un tribunal Américain dans l'affaire « United Airlines vs Midway Airlines » où le tribunal décrit la facilité essentielle comme : la facilité pour laquelle il n'y a pas des substituts, et sera considérée comme essentielle seulement lorsque son contrôle permettra à son détenteur d'éliminer la concurrence sur un marché ultérieur.<sup>14</sup>

Deux remarques fondamentales que l'on peut faire sur cette définition, la première concerne l'expression vague utilisée par la Cour pour désigner le caractère de l'unicité, par ici on vise du terme « substituts » et seulement sans mentionner la nature de ces substituts. Le tribunal aurait dû être plus précise dans les termes utilisés et se concentrer sur l'absence d'une alternative réelle et potentielle, tandis que la deuxième observation concerne l'angle sous lequel ce pouvoir judiciaire a tenté de définir la facilité selon le critère de la nécessité. Car il est noté à cet égard, que le tribunal a préféré présenter la facilité essentielle sous cet angle en la liant aux effets négatifs qui peuvent résulter de l'impossibilité d'entrer ou d'obtenir l'installation en question, qu'il a résumé sous la conséquence la plus grave qui réside dans l'élimination de la concurrence sur le marché.

Au niveau européen, on trouve l'expression des deux critères à la fois par le Tribunal de première instance de l'Union européenne dans l'affaire de « Tierce Ladbroke » en disant que le refus opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel<sup>15</sup>. Conformément à l'arrêt Aéroports de Paris rendu par le Tribunal de première instance, l'infrastructure ferroviaire peut être considérée comme une infrastructure essentielle si elle remplit les deux conditions principales définissant une facilité essentielle, comme l'a établi le Tribunal de première instance dans l'arrêt ENS, c'est à dire le caractère indispensable de cette facilité, et qu'il serait impossible de dupliquer le réseau de chemins de fer de longue distance de FS, en raison du coût prohibitif d'un tel investissement et de l'impossibilité d'obtenir le droit d'emprise.<sup>16</sup>

Dans sa communication relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, la commission européen a indiqué que le terme « ressources essentielles désigne des installations ou des infrastructures indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à

des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables<sup>17</sup>

Dans le Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne la facilité essentielles basée sur les deux critères est décrite comme toute « Installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou pour permettre aux concurrents d'exercer leurs activités. Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques,

Juridiques ou économiques<sup>18</sup>.

Ce qu'il convient de noter en ce qui concerne les deux critères de l'essentialité de la facilité, c'est que les deux critères constituent les deux faces d'une même pièce et expriment le même objectif, la relation entre les deux critères n'est pas donc complémentaire. Une telle tendance est confirmée par les nombreuses décisions en la matière, dans lesquelles il est limité de se référer uniquement à l'un des critères sans l'autre pour exprimer l'essentialité. Si la relation entre ces deux critères était complémentaire, les organismes de la concurrence et les diverses jurisprudences dans la matière n'auraient pas manqué de les évoquer ensemble dans toutes les décisions prises à cet égard.

Les deux critères produisent le même résultat sous un angle différent. Le caractère nécessaire de la facilité n'est que le résultat de son caractère unitaire, et si la facilité n'était pas le seul moyen de rejoindre le marché, elle n'aurait pas été nécessaire pour l'activité économique. C'est une relation de causalité.

## **Deuxièmement : Appréciation pratique des critères de la facilité : un moyen efficace pour la recherche de l'essentialité**

L'affirmation du caractère essentiel de l'élément objet du conflit ne fait pas de celui-ci une facilité. En effet, les définitions des facilités essentielles données par les instances en charge de la concurrence et les affirmations des opérateurs économiques sur l'essentialité de l'élément concerné par l'examen ne sont que l'aspect théorique dont la crédibilité est tributaire d'un examen pratique. Ainsi, les instances en charge de la concurrence sont tenues d'examiner l'essentialité de la facilité selon le critère de l'unicité et celui de la nécessité

### **1. L'examen de l'essentialité selon le critère de l'unicité**

On ne peut pas évoquer la question du caractère unitaire de la facilité avant de s'assurer de l'existence de deux alternatives : les alternatives réelles et les alternatives probables. Selon ce critère, l'examen de l'essentialité de la facilité suppose la recherche des alternatives réelles et des alternatives probables.

#### **1.1. L'appréciation de l'existence d'une alternative réelle**

La recherches d'alternatives réelles et immédiates à l'élément, dont le caractère essentiel est présumé, suppose la recherche d'autres techniques constituant des alternatives économiques équivalentes à la facilité essentielle qui permettent aux

opérateurs économiques d'accéder au marché. C'est l'expression utilisée par les organes en charge de la concurrence en droit comparé, notamment en droit français, tel est le cas dans l'affaire de « SARL Héli Inter »

En effet, dans cette affaire, la « SARL Héli Inter », chargée d'une mission sur la piste d'atterrissage des hélicoptères dans la région de Narbonne, a refusé à la société « Jet Système » l'utilisation de la piste d'atterrissage pour une activité d'approvisionnement du transport sanitaire par hélicoptère au profit du centre hospitalier de la ville de Narbonne. On lui a refusé aussi l'accès au garage et à la station de lavage et à celle de kérosène. Cela a exposé les hélicoptères à la détérioration due aux perturbations météorologiques, ce qui a contraint la société à utiliser d'autres moyens pour la vidange et le chargement en kérosène, notamment un camion-citerne de l'une des zones voisines et un véhicule pour l'approvisionnement. Cette situation a fait intervenir le Conseil de la concurrence français qui a considéré que : les moyens auxquels a recouru la société ne peuvent pas constituer des alternatives économiques équivalentes à ceux détenus par la société « Jet Système » et que de telles solutions sont de nature à entraver la continuité des services fournis par « Jet Système »<sup>19</sup>. La commission européenne, quant à elle, a jugé, à l'occasion de l'affaire «Holeyhead», que le port « SeaContaires » est le seul port britannique sur le marché et que le port « Liverpool », qui est l'unique port alternatif et plus proche, ne peut être considéré comme alternatif équivalent à celui proposé par l'infrastructure. Cela s'explique par le fait que la durée de la traversée entre le port « Doblène » et celui de « Liverpool » est le double de celle entre le port « Doblène » et celui de « Holyhead »<sup>20</sup>. L'étude de l'aspect économique de la notion d'alternative équivalentes exige de mettre l'accent sur deux éléments essentiels déduits par les instances en charge de la concurrence en matière de facilité essentielles : Il s'agit, d'une part, de savoir dans quelle mesure l'élément alternatif des opérateurs économique peut réaliser des bénéfices équivalents à ceux générés suite aux facilités objet de test et, d'autre part, de rechercher l'importance de l'équivalence entre l'élément équivalent et la facilité objet de test.

S'agissant de la question de savoir dans quelle mesure le moyen alternatif peut réaliser des bénéfices sur le plan économique, il s'agit d'une condition déduite à travers le jugement de la Cour européenne rendu dans l'affaire « IstitutoChemioterapico ». En effet, cette dernière a admis que la production de la matière « Aminobutanol », en utilisant la « Butanone » était une opération très coûteuse<sup>21</sup>, ce qui laisse entendre que la Cour a considéré : qu'en raison de leurs coûts élevés, les moyens en question ne pouvait constituer une réelle alternative aux facilités objet de test. La position de la Cour s'explique aussi par le fait que les coûts élevés ne sont pas de nature à permettre de réaliser des bénéfices. A cela il convient d'ajouter que la subordination du caractère alternatif de l'élément objet de test à cette condition tient compte de l'un des principes économique applicables à l'activité économique qui est la réalisation des bénéfices, objectif évident de chaque opérateur

économique. Ainsi, l'exercice d'une activité économique par un détenteur de facilités ou, s'il y a lieu, de leurs alternatives ne peut échapper à un tel principe.

Il ressort de cette analyse qu'aucun argument justifiant le caractère alternatif de l'élément objet de test ne peut être retenu si ce dernier ne permet pas aux opérateurs économiques de générer des bénéfices comparativement ceux pouvant être réalisés en étant que détenteur de facilités. Quant à la question de l'importance de l'équivalence entre la facilité à laquelle on a attribué le caractère essentiel et l'élément alternatif, elle concerne la substitution de l'élément alternatif objet de test à la facilité essentielle. Cela nous conduit à poser la question de savoir si l'élément substitut de la facilité exige une équivalence absolue entre ces derniers ?

La jurisprudence et les instances en charge de la concurrence n'ont pas donné des précisions ou dégagé des critères permettant de mesurer le degré d'équivalence. Cependant, certaines juridictions ont fait allusion aux indices à tenir en compte pour mesurer cette équivalence. Ainsi, Dans l'affaire « IstitutoChemioterapico », le tribunal a admis :qu'on ne pouvait parler de l'existence d'une équivalence réelle sur le marché que s'il y avait une matière première substituable au « Nitropropane » ou à l' « Aminobutanol », sans grande difficulté pour la fabrication de l' «éthambutol »<sup>22</sup>. C'est ce qu'a exprimé, en d'autres termes, l'avocat général du tribunal, en précisant qu' « il ne saurait y avoir, en l'espèce, d'obligation pour « Mediaprint » d'accorder à « Bronner » l'accès à son réseau national de portage à domicile. Bien que « Bronner » puisse n'être pas elle-même en mesure de reproduire le réseau de « Mediaprint », elle dispose de nombreuses solutions de remplacement - quoique moins commodes pour effectuer la distribution »<sup>23</sup>.

Au vu de ce qui précède, la susceptibilité de substitution entre la facilité objet du litige et l'alternative objet de test n'est pas subordonné à une substitution allant jusqu'à une équivalence absolue entre ces derniers. Selon la cour européenne, il peut y avoir un substitut réel, même si la facilité alternative suscite une difficulté par rapport à la facilité objet du litige. Cependant, on constate l'absence de critères objectifs à mêmes d'aider à mesurer le degré de la substitution et de la difficulté. Ainsi, l'examen, avec exactitude, de l'élément présumé comme étant substitut constitue un véritable défi pour les instances en charge de la concurrence que le législateur a dotées de moyens, tels que le recours à l'expertise en vue d'éviter les erreurs dans l'appréciation.

## **1.2. L'appréciation de l'existence de substitut potentiel**

Le fait d'apprécier l'absence d'un substitut réel de la facilité objet de test ne confère pas aux instances en charge de la concurrence de se prononcer sur l'essentialité de la facilité. Après avoir constaté l'absence de substitut réel en utilisant les moyens que leur reconnaît la loi, les lesdites instances sont tenues d'apprécier l'absence de substitue potentiel. C'est uniquement dans un tel cas de figure que ces instances peuvent se prononcer sur le caractère essentiel de l'élément objet de test. Comme on l'a déjà souligné, le caractère unicitaire de la facilité ne peut être constaté

qu'en l'absence d'une alternative à la fois réelle et probable. Ainsi, il y a absence d'alternative possible lorsqu'il y a impossibilité de reproduire la facilité ou de créer son équivalent à la réunion de conditions raisonnables, en raison de difficultés de nature à empêcher la réalisation d'une telle opération.

Avant de mettre l'accent sur les difficultés empêchant la reproduction de la facilité objet du litige, il importe de poser la question de savoir qui est l'opérateur économique à tenir en compte pour affirmer l'impossibilité de reproduire la facilité ?

La cour européenne a dégagé, à l'occasion du procès « Oscar Bronner », un indice à tenir en compte. En effet, celle-ci a considéré qu'on ne pouvait pas se prononcer sur l'absence de substitut possible à la facilité que si la reproduction de l'équivalent de cette dernière n'est pas de nature à générer des bénéfices<sup>24</sup>.

A ce titre et selon VEGIS Emmanuelle et Alexandre de STREEL, le juge ne tient pas compte, dans son appréciation de la possibilité de la reproduction de la facilité, des spécificités propres au demandeur d'accès au marché, mais de d'une entreprise abstraite ayant sur le marché des parts équivalentes à celles de l'entreprise détentrice de la facilité<sup>25</sup>. Cependant, l'adoption de la cour européenne d'un tel critère contraste avec la notion de l'essentialité de la facilité. En d'autres termes, les termes de la cour européenne laissent entendre que l'opérateur à tenir en compte dans l'appréciation de l'essentialité de la facilité est l'opérateur crucial<sup>26</sup> ou l'opérateur économique dominant, dans la mesure où seul l'opérateur économique en position dominante a la capacité de détenir des parts de marché équivalentes à celles dont bénéficie le détenteur de la facilité. Une telle analyse conduit à remettre en cause le caractère essentiel des éléments en question et qui sont nécessaires à l'exercice de l'activité économique, en ce sens que si on tient compte de l'opérateur dominant dans la recherche de la possibilité de reproduction de la facilité, la réponse serait positive à tout moment. A cet effet, cela exclut l'impossibilité de reproduction de la facilité ou, en d'autres termes, rend possible la reproduction de celle-ci à tout moment.

De notre point de vue, l'opérateur économique à tenir en compte dans l'appréciation de l'impossibilité de reproduire la facilité est l'opérateur prudent ou normal. VEGIS Emmanuelle et Alexandre de STREEL considèrent, à juste titre, que le critère adopté dans à l'occasion du procès « Oscare Bronner » est restreint et que le critère le plus pertinent est celui de l'opérateur économique abstrait et efficace, sans exiger que celui-ci ait la même capacité que celui qui détient la facilité. Ainsi, ce qui importe le plus, c'est de recourir à un examen objectif qui ne tient pas compte des spécificités de l'opérateur demandeur d'accès au marché, dans la mesure où le droit de la concurrence a pour objectif de protéger la concurrence, et non pas les concurrents<sup>27</sup>.

Par ailleurs, l'analyse de la cour européenne nous permet de relever les difficultés de l'impossibilité de la reproduction de la facilité que cette dernière a regroupées en deux catégories : des difficultés d'ordre économique et des difficultés non économiques.

S'agissant des difficultés économiques, elles concernent le fait pour la reproduction de la facilité de ne pas générer des bénéfices<sup>28</sup>. C'est ce que la cour européenne a soulevé, à l'occasion du procès « Oscar Bronner ». En effet, cette dernière a admis, à juste titre, que la création d'un tel système ne peut pas constituer un substitut possible et que celui-ci n'est pas économiquement rentable<sup>29</sup>.

Parmi de telles difficultés, on cite celles soulevées par l'avocat général «JACOBS» qui considère que « le cout de la reproduction de la facilité peut à lui seul être un obstacle insurmontable à l'accès au marché ». A cela l'avocat ajoute qu'« une telle situation peut se présenter lorsque la facilité a été créée dans des conditions de non concurrence, en partie grâce à des subventions publiques »<sup>30</sup>.

Quant aux difficultés non économiques, elles n'ont pas de rapport avec les concepts économiques, notamment la question des bénéfices. Il s'agit, en effet, des difficultés liées aux circonstances en dehors de la volonté de l'opérateur demandeur de l'accès et de tout opérateur économique de référence. Elles sont liées, généralement, à la souveraineté qui se traduit par l'intervention des pouvoirs publics et à laquelle est due l'impossibilité de la reproduction de la facilité essentielle. C'est ce qu'a été précisé lors du procès du port de « Rodby », lorsque le gouvernement danois a refusé à la société « Euro port » sa demande de création d'une base portuaire à proximité du port de « Rodby » qui est le seul port permettant à cette société d'exercer son activité économique<sup>31</sup>.

## 2. Appréciation du caractère nécessaire de la facilité essentielle

Contrairement à l'examen de l'unicité de la facilité, la recherche du caractère nécessaire ne suscite aucune difficulté d'ordre pratique. En effet, la nécessité de la facilité pour l'exercice de l'activité économique peut être appréciée en se référant à deux analyses, la première consiste à déduire le caractère nécessaire à travers l'appréciation de l'absence d'une solution alternative à la facilité essentielle. Comme on l'a déjà souligné, la relation entre les deux critères de l'essentialité de la facilité est celle de la causalité. A préciser, par ailleurs, que le caractère nécessaire et essentiel de la facilité n'est que la résultante du caractère de l'unicité. Ainsi, le caractère nécessaire de la facilité est tributaire de l'absence d'aucune alternative à la facilité objet de test.

La deuxième analyse consiste à observer les effets négatifs résultant du refus d'accès à la facilité. Ainsi, si le refus d'accès à cette dernière peut entraîner l'exclusion dans marché ou la difficulté de continuer l'activité, la facilité objet de conflit devient nécessaire. Tel est le cas de l'affaire « Sarl Héli Inter » à l'occasion dans laquelle le Conseil de la concurrence a considéré que le refus de la société « Héli Inter » de permettre à la société « Jet Système » d'utiliser la piste d'atterrissage des hélicoptères a rendu très difficile la continuation de son activité économique.

### Conclusion

En conclusion, l'étude de la notion des facilités essentielles permet de dire qu'on est à la présence d'un terme très complexe qui exige par conséquent une analyse profonde des éléments objet de divergence afin d'éviter ce qu'on peut appeler le faux positif et le vrai négatif dans le processus d'appréciation de l'essentialité.

Mettre l'accent sur ce concept exige de se pencher sur l'ensemble des définitions attribuées à l'essentialité. A cet égard, la définition de l'essentialité diffère selon l'angle de l'étude. Si nous essayons de définir l'essentialité à partir du critère de nécessité sous son aspect positif, celle-ci peut être définie comme une facilité indispensable à l'exercice de l'activité économique, ou comme une facilité nécessaire pour une concurrence vitale sur le marché, par ailleurs, si nous essayons de fournir une définition basée sur le même critère, mais sous son aspect négatif, l'essentialité peut être définie comme ce qui, faute d'y avoir accès, a pour effet d'empêcher d'entrer sur le marché et/ou de l'exclure. Si nous essayons de définir l'essentialité en fonction du caractère de l'unicité, la facilité peut être définie comme toute installation pour laquelle il n'y a pas d'alternative réelle et potentielle. A cet égard, nous recommandons ce qui suit :

-L'appréciation de l'essentialité exige la confirmation de l'absence conditionnelle d'une solution alternative immédiate et potentielle comme moyen de conférer concomitamment le caractère unitaire. Si l'une des alternatives trouve son existence, l'élément objet de divergence perd son essentialité. Dans le même ordre d'idée, la relation entre le critère de nécessité et l'unicité étant une relation de cause, par conséquent, le caractère nécessaire de la facilité essentielle n'aurait pas été atteint sans le caractère unitaire de cette dernière. S'il existait plusieurs moyens d'entrer sur le marché, le caractère de nécessité ne serait pas ajouté à l'élément concerné par l'examen.

-En outre, la recherche de l'essentialité de la facilité constitue une étape critique dans l'avenir de la décision qui sera prise par les organismes en charge de la concurrence quant à l'autorisation ou non d'accéder à la facilité essentielle. Ce qui requiert de la rigueur et une grande efficacité de la part de ces organismes afin d'éviter toute mauvaise appréciation du processus de recherche de l'essentialité de la facilité.

#### **marges:**

<sup>1</sup>Loi 18-04, du 10 mai 2018, fixant les règles générales relatives à la poste et communications électroniques, journal officiel n 27, du 13 mai 2018

<sup>2</sup>Ohio Bell Telephone Company v. CorecommNewcom, Inc., 214 F.Supp.2d 810(N.D. Ohio, 2002). p 817.

<sup>3</sup>Mid-Texas communication, Sys, v. AT&T, 615 F .2d 1372, Note 12, <https://bit.ly/3aKISfM> .

<sup>4</sup>Premier Digital access, Inc, v. Central Telephone Company, 360 F.Supp.2d 1161, P 1176, <https://bit.ly/3aKIw8W>.

<sup>5</sup>DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles: Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009, p 80.

<sup>6</sup>Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer Inc dans le secteur du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques, Point 7. [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

<sup>7</sup>VEGIS Emmanuelle, " La théorie des essential facilities: Genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?", *Revue de droit commerciale belge*, n°01, 1999, p. 13.

<sup>8</sup>BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *Revue de la concurrence et de la consommation*, n 19, 2001, p. 39.

<sup>9</sup>Ibid., p 40.

<sup>10</sup>City of Malden, v. Union Electric Company, 887, F. 2d, 157, 1989, pp. 159-160.

<sup>11</sup>Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

<sup>12</sup> Avis n° 05-A-03 du 31 janvier 2005, op.cit., Point 63.

<sup>13</sup>Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, op.cit., Point 17.

<sup>14</sup>ALASKA AIRLINES, INC.; Midway Airlines v. UNITED AIRLINES, INC, 948 F.2d 536, Point 11.

<sup>15</sup>TPICE, *Tierce Ladbroke SA c/ Commission*, T—504/93, P.131.

<sup>16</sup>Décision 2004/33/CE du 27 août 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (COMP/37.685 GVG/FS), *JOUCE*, n° L. 11 du 16 janvier 2004, Point, 120.

<sup>17</sup>Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *JOCE*, n° C 265 du 22 août 1998, Point, 59.

<sup>18</sup>Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, P. 28.

<sup>19</sup>Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la Sarl Héli-Inter Assistance, p. 6. [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

<sup>20</sup>Décision 94/19/CE, du 21 décembre 1993, (IV/34.689 — Sea Containers/Stena Sealink), *JOCE* n L15 du 18 janvier 1994, Point 63.

<sup>21</sup>CJCE, *IstitutoChemioterapico Italiano SPA et Commercial Solvents Corporation c/ Commission*, Point 14.

<sup>22</sup>"que c'est seulement la présence sur le marché d'une matière première substituable sans grandes difficultés au nitropropane ou à l'aminobutanol pour la fabrication de l'éthambutol, CJCE, *IstitutoChemioterapicoItalianoSpA*, op.cit., Point 15.

<sup>23</sup>Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS,(Sous CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, C-7/97), Point, 67.

<sup>24</sup>CJCE, 26 Novembre, Oscar Bronner c/ Mediaprint, op.cit, Point, 46.

<sup>25</sup>DE STREEL(A)et VÉGIS (E), « La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications », *CAHIERS DU CRID*, n 16, p. 400. Disponible sur : <https://bit.ly/3MH07fa>.

<sup>26</sup>FRISON ROCHE (M-A), « Proposition pour une notion de l'opérateur crucial », *CONCURRENCE – DISTRIBUTION*, 2006, pp.1895- 1900.

<sup>27</sup>DE STREEL (A) et VÉGIS (E), « La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications », op. cit., p. 400.

<sup>28</sup>AUTENNE Alexia et Autres, « *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : La libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter* », (s/dir.)

T. LEONARD ; *"Actualités en droit économique: la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique"*, Ed Bruylant, 2015, p. 135

<sup>29</sup>CJCE, 26 Novembre, Oscar Bronner c/ Mediaprint, op.cit., p. 46.

<sup>30</sup>Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS, op.cit., p. 66.

<sup>31</sup>DÉCISION94/1 9/CE) DE LA commission du 21 décembre 1993, Sea Containers contre Stena Sealink, op.cit., p. 1.