

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. MARCO DARMON  
présentées le 8 février 1994 \*

*Monsieur le Président,  
Messieurs les Juges,*

1. Par le présent renvoi préjudiciel, vous êtes invités, pour la première fois, à notre connaissance, à interpréter les règles de concurrence du traité CEE au regard du domaine de la distribution publique d'énergie électrique. Y a-t-il une possibilité de concurrence pour la fourniture d'électricité? L'accès de tiers aux réseaux publics doit-il être autorisé pour permettre une concurrence efficace entre fournisseurs d'électricité? La question, on le voit, est d'importance.
2. Les données économiques et physiques de l'approvisionnement en électricité sont très spécifiques. L'électricité ne peut être transportée que par des fils conducteurs. Sur de longues distances, il se produit de considérables déperditions. L'impossibilité de la stocker fait que la production doit, à chaque instant, être fonction de la consommation. En même temps, permettant de satisfaire un grand nombre de besoins, l'électricité est un produit de première nécessité dont l'approvisionnement doit être garanti, généralisé et accessible en termes de coût.
3. La principale originalité du *marché* de l'électricité réside dans le fait que, comme en matière de téléphonie vocale traditionnelle, la distribution s'effectue par un réseau et par des lignes fixes. Il en résulte que le client est captif et que les sources d'offre et de demande ne sont pas mobiles. Or la mobilité, qui permet le choix de son cocontractant, est de l'essence même d'un régime de concurrence non faussée. Ce réseau est géré de façon *centralisée* pour permettre d'assurer à chaque instant l'adéquation entre l'offre et la demande, donc la sécurité de l'approvisionnement.
4. Ces contraintes économiques et techniques exceptionnelles retentissent sur le régime juridique applicable aux échanges d'énergie électrique et sur l'état d'avancement de l'intégration communautaire en la matière.
5. Un bref aperçu de l'évolution de la législation communautaire s'impose ici.
6. Le marché de l'électricité est longtemps resté à l'écart de la construction communautaire. Ni le traité originaire ni l'Acte unique ne prévoyaient de politique commune en ce domaine.

\* Langue originale: le français.

7. Seules deux dispositions du traité de la Communauté européenne s'y rapportent: aux termes de l'article 3, sous t), l'action de la Communauté comporte des mesures dans le domaine de l'énergie. En vertu de l'article 129 B, la Communauté « contribue » à l'établissement et au développement de réseaux transeuropéens dans le secteur des infrastructures de l'énergie. Une déclaration relative à l'énergie figurant à l'Acte final du traité de Maastricht prévoit toutefois que la question de l'introduction dans le traité d'un titre relatif au domaine de l'énergie sera examinée sur la base d'un rapport que la Commission soumettra au Conseil au plus tard en 1996.

8. En ce domaine, la législation communautaire s'est limitée, dans un premier temps, à coordonner les politiques nationales<sup>1</sup>, la matière restant fondamentalement de la compétence des États.

9. Sous l'impulsion de la Commission<sup>2</sup>, un marché intérieur de l'électricité se construit par étapes, dans le cadre des dispositions de l'article 8 A du traité de Rome, comme en témoigne la proposition de directive du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité<sup>3</sup> instituant — de manière limitée — l'accès de tiers au réseau, condition d'une concurrence

efficace entre fournisseurs: « ... le marché intérieur de l'électricité doit être mis en place progressivement, en plusieurs étapes, pour que l'industrie électrique puisse s'adapter à son nouvel environnement, soupagement et rationnellement »<sup>4</sup>. On remarquera que la Commission n'a pas fait usage, comme en matière de télécommunications, du pouvoir de réglementation qu'elle tient de l'article 90, paragraphe 3, du traité, préférant la voie du rapprochement des législations (article 100 A).

10. Les questions préjudicielles qui vous sont soumises ont pour toile de fond le régime de distribution aux Pays-Bas.

11. Le Gerechtshof te Arnhem est saisi d'un appel d'une sentence arbitrale rendue dans un litige opposant des *entreprises locales de distribution* d'électricité (ou des communes qui assurent elles-même cette distribution) à une entreprise de distribution au niveau régional (« IJsselcentrale »).

12. Les Pays-Bas comptent quatre producteurs, actionnaires d'une société commune: la NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (ci-après la « SEP »)<sup>5</sup>. L'électricité produite est vendue aux entre-

1 — Voir, par exemple, la directive 90/377/CEE du Conseil, du 29 juin 1990, instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité (JO L 185, p. 16) et la directive 90/547/CEE du Conseil, du 29 octobre 1990, relative au transit d'électricité sur les grands réseaux (JO L 313, p. 30).

2 — Livre blanc sur le marché intérieur de l'énergie, du 2 mai 1988, COM(88)238.

3 — 92/C65/04 (JO C 65, p. 4). Elle n'a pas, en cet état, obtenu l'approbation du Conseil.

4 — Ibidem, troisième considérant.

5 — Parmi les tâches statutaires de la SEP, « ... figurent notamment la gestion du réseau de haute tension et la conclusion d'accords avec des entreprises d'électricité étrangères, concernant l'importation et l'exportation d'électricité ainsi que l'utilisation des liaisons internationales du réseau d'interconnexion » (arrêt du 18 novembre 1992, Rendo e. a., T-16/91, Rec. p. II-2417, point 4).

prises régionales de distribution (le défendeur au principal, par exemple) qui la revendent aux entreprises locales de distribution (les demandeurs au principal, par exemple) qui, à leur tour, la revendent aux consommateurs.

13. De 1985 à 1988, IJsselcentrale (devenue en 1988 IJsselmij, ci-après « IJM ») impose aux entreprises de distribution communale un « supplément de péréquation » (« egalisatietoeslag ») destiné à compenser les surcoûts de distribution en zone rurale pour pratiquer des tarifs uniformes à l'égard de tous les consommateurs finals dans la zone couverte.

14. Les demandeurs dans la procédure au principal sont des entreprises locales de distribution qui contestent devoir la charge d'égalisation due pendant cette période, laquelle s'élèverait à la somme de 20 707 942 HFL.

15. Les distributeurs locaux sont tenus par une obligation exclusive d'achat et une interdiction d'importer qui résultent de deux accords distincts:

— un accord horizontal conclu le 22 mai 1986 entre les entreprises productrices d'électricité d'une part et la SEP d'autre part (le « Overeenkomst van Samenwerking » dit « accord de coopération », ci-après « OvS ») prévoit à son article 21

que l'importation et l'exportation d'électricité sont réservées à la SEP et que, dans les contrats de livraison qu'ils passent avec les entreprises distributrices d'énergie électrique, les producteurs sont tenus de stipuler que celles-ci s'abstiendront de se livrer à l'importation ou à l'exportation d'électricité<sup>6</sup>;

— les conditions générales de livraison d'énergie électrique aux communes<sup>7</sup> (ci-après « CG ») comportent une clause d'exclusivité imposant à celles-ci une obligation d'achat exclusif et, partant, une interdiction implicite d'importer (article 2, paragraphe 2)<sup>8</sup>. A l'inverse, IJM s'engage à ne pas fournir d'énergie électrique à des tiers sur le territoire d'une commune sans le consentement de celle-ci (article 2, paragraphe 1). Il y a *exclusivité réciproque*.

16. L'article 34 de la loi du 16 novembre 1989 (« Elektriciteitswet »)<sup>9</sup> et l'arrêté ministériel du 20 mars 1990 disposent que la

6 — Selon le gouvernement néerlandais, cette interdiction se justifierait par le fait que les importations sont effectuées uniquement de manière centralisée — et planifiée — par la SEP (observations du gouvernement néerlandais, point 10).

7 — Conditions générales applicables à la livraison d'énergie électrique aux communes ayant leur propre entreprise de distribution sur le territoire de la IJsselcentrale établie à Zwolle, du 17 décembre 1964, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1965.

8 — « La commune s'oblige, pour la distribution d'électricité à l'intérieur de son territoire, à acheter l'énergie électrique exclusivement à IJsselcentrale et à n'utiliser cette énergie que pour son propre usage, ou pour la livraison à des tiers aux fins de l'utilisation à l'intérieur du territoire de la commune ».

9 — Staatsblad 535. La loi sur l'électricité du 16 novembre 1989 a ouvert le marché de l'électricité néerlandais dans d'étroites limites: les sociétés de distribution ont le choix de leur distributeur néerlandais (shopping horizontal) et les consommateurs industriels peuvent importer de l'électricité pour leurs propres besoins, dès lors que celle-ci n'emprunte pas le réseau de distribution publique.

SEP est seule à pouvoir importer de l'électricité destinée à la distribution publique, à moins qu'il ne s'agisse d'électricité d'une tension inférieure à 500 V.

17. Selon le juge a quo, il est vraisemblable qu'à défaut d'interdiction d'importer, la charge d'égalisation ne pourrait être imposée. Il ne serait pas exclu, en effet, que les entreprises locales de distribution puissent y échapper, au moins partiellement, si elles pouvaient se fournir à l'étranger<sup>10</sup>. Pour savoir si elle est due, il est donc important de vérifier que cette interdiction est conforme au droit communautaire.

18. Par sentence arbitrale du 12 décembre 1986, les distributeurs locaux ont été déboutés aux motifs que l'exclusivité réciproque est nécessaire à IJM pour accomplir sa mission, qu'elle n'affecte les échanges que de façon négligeable et que l'exception de l'article 90, paragraphe 2, étant applicable, « le fait que les requérantes n'aient pas la capacité de se procurer de l'électricité auprès de tiers n'est pas incompatible avec l'article 85 du traité ». Quant à la charge de péréquation, les arbitres ont estimé qu'il n'était pas établi qu'elle affecte le commerce entre États membres.

19. Les demanderesse ont fait appel devant le Gerechtshof te Arnhem qui vous pose les deux questions préjudicielles suivantes:

« 1) Une juridiction nationale qui, dans un cas prévu par la loi, statue sur un appel de sentence arbitrale est-elle une juridiction nationale en vertu de l'article 177 du traité lorsque, en vertu de la convention d'arbitrage conclue entre les parties, elle doit statuer comme amiable compositeur?

2) Les articles 37, 85, 86 et 90 du traité CEE s'opposent-ils à une interdiction d'importer de l'énergie électrique destinée à la distribution publique contenue, de 1985 à 1988 inclus, dans les conditions générales d'une société de distribution régionale d'électricité, éventuellement combinée avec une interdiction d'importer contenue dans un accord entre les entreprises productrices d'électricité dans l'État membre concerné? »

20. Certains aspects du système néerlandais de distribution d'électricité ont déjà fait ou font actuellement l'objet d'un examen tant par la Commission que par les juridictions communautaires.

21. Parallèlement à la présente instance, des sociétés locales de distribution d'électricité (IGMO à Meppel, Central Overijsselse

<sup>10</sup> — Voir le point 5.11 de l'ordonnance du juge a quo.

Nutsbedrijven à Almelo, Regionaal Energiebedrijf Salland à Deventer et la commune de Hoogeveen) ont déposé devant la Commission, le 26 mai 1988, une plainte contre IJM, pour infraction à l'article 85 du traité, visant « ... les procédures civiles engagées en raison de l'application par (IJM) d'une interdiction à l'importation et à l'exportation combinée à une obligation d'achat exclusif, ainsi que l'imposition d'un supplément de péréquation des coûts »<sup>11</sup>.

22. Dans sa décision 91/50, la Commission a considéré que « L'article 21 de l'accord de collaboration ... constitue une infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, dans la mesure où ledit article 21 a pour objet ou pour effet d'entraver les importations effectuées par des consommateurs industriels privés et les exportations de la production en dehors du domaine de l'approvisionnement public effectuées par des sociétés de distribution et des consommateurs industriels privés, et notamment des autoproducteurs »<sup>12</sup>.

23. Le recours formé contre cette décision a été rejeté par arrêt du Tribunal de première instance du 18 novembre 1992<sup>13</sup>. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour (affaire C-19/93 P).

11 — Voir la décision 91/50/CEE de la Commission, du 16 janvier 1991, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (JO L 28, p. 32, point 1).

12 — Article 1<sup>er</sup> du dispositif, souligné par nous.

13 — Arrêt Rendo, précité.

24. On observera que, dans la décision, la Commission ne s'est pas prononcée sur la charge d'égalisation pratiquée par IJM<sup>14</sup> et les restrictions à l'importation opposées aux sociétés de distribution chargées de l'approvisionnement public, avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'électricité du 16 novembre 1989<sup>15</sup>.

25. Elle a cependant fait savoir aux plaignants, par lettre du 20 novembre 1991<sup>16</sup>, que: « ... la charge d'égalisation, contre laquelle la plainte originelle était essentiellement dirigée, ne peut pas faire l'objet d'une procédure fondée sur les articles 85 et/ou 86 du traité, parce qu'elle n'affecte pas de manière significative le commerce entre États membres ». Cette lettre a donné lieu à un deuxième recours déclaré irrecevable par ordonnance du Tribunal de première instance du 29 mars 1993<sup>17</sup> (T-2/92, Rendo II) désormais définitive.

26. Enfin, il est à noter que le 26 novembre 1992, la Commission a notifié un avis motivé au gouvernement néerlandais: le droit d'importation exclusif reconnu par la loi de 1989 à la SEP constituerait une infraction aux articles 30 et 37 du traité CEE et ne

14 — Point 1, avant-dernier paragraphe.

15 — Arrêt Rendo, points 58 et 61. Concernant les restrictions à l'importation opposées aux sociétés de distribution par l'article 34 de la loi sur l'électricité de 1989, la Commission s'est abstenue de se prononcer sur la question de savoir si cette restriction se justifiait au regard de l'article 90, paragraphe 2, du traité, une procédure en manquement étant envisagée à cet égard (point 50 de la décision et points 46 et 47 de l'arrêt du Tribunal).

16 — Ibidem, point 27.

17 — Au motif que la lettre était dépourvue de tout contenu décisionnel et n'avait produit aucun effet juridique.

serait justifié ni par l'article 36 ni par des exigences impératives d'intérêt général <sup>18</sup>.

27. Ni la Commission, dans sa décision 91/50, ni le Tribunal de première instance n'ont examiné la conformité au droit communautaire de la concurrence de *l'interdiction d'importer de l'énergie électrique à travers le réseau de distribution publique* en tant qu'elle est imposée par une société de distribution régionale à une *société locale de distribution* par les conditions générales de livraison d'énergie électrique aux communes du 17 décembre 1964 et par l'accord de coopération précédant l'entrée en vigueur de la loi sur l'électricité de 1989.

28. C'est précisément l'objet de la deuxième question préjudicielle. Mais il convient, au préalable, d'examiner la première question.

### Sur la première question préjudicielle

29. Une juridiction étatique saisie de l'appel d'une sentence arbitrale et statuant en amiable compositeur est-elle une juridiction au sens de l'article 177 du traité?

18 — Observations écrites de la Commission, points 16 et 17. Voir également le point 26 de l'arrêt Rendo.

30. Dans l'arrêt Vaassen-Göbbels <sup>19</sup>, vous inspirant des principes généraux communs aux droits des États membres, vous avez jugé que la notion communautaire de juridiction supposait réunis un certain nombre de critères, telles l'origine légale, la permanence, la juridiction obligatoire, la procédure contradictoire et l'application de la règle de droit. Dans vos arrêts ultérieurs, vous avez également pris en compte le principe d'indépendance <sup>20</sup>.

31. Pour qualifier une instance de « juridiction d'un État membre » au sens de l'article 177, vous recherchez si la procédure applicable devant elle présente des liens suffisamment étroits avec l'organisation des voies de recours légales dans l'État membre concerné <sup>21</sup>.

32. Nul doute que répondent à cette exigence les règles de procédure internes qui prévoient que l'appel d'une sentence arbitrale doit être porté devant le juge normalement compétent en l'absence de clause compromissoire <sup>22</sup> et qui désigne donc de manière obligatoire une juridiction étatique comme instance d'appel, dès lors que les parties décident de prévoir un tel recours <sup>23</sup>.

19 — Arrêt du 30 juin 1966 (61/65, Rec. p. 376).

20 — Voir les arrêts du 11 juin 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545, point 7) et du 21 avril 1988, Pardini (338/85, Rec. p. 2041, point 9).

21 — Arrêt du 23 mars 1982, Nordsee (102/81, Rec. p. 1095, point 13).

22 — Voir les observations de IJM, p. 8 de la traduction française.

23 — Voir l'article 647 de l'ancien code de procédure néerlandais applicable *ratione temporis* au litige porté devant le juge a quo et l'article 16 des CG conclues entre les parties.

33. Satisfait donc aux conditions de l'article 177, une juridiction étatique instituée par la loi, permanente et indépendante, dont la composition n'est pas laissée à la libre appréciation des parties<sup>24</sup> et qui rend une décision contraignante.

34. On notera, d'ailleurs, que la possibilité d'opérer un renvoi préjudiciel pour toute juridiction ordinaire saisie de l'appel d'une sentence arbitrale est expressément reconnue par votre arrêt Nordsee<sup>25</sup>.

35. Cette conclusion est-elle modifiée par le fait que cette juridiction statue en amiable compositeur (« als goede mannen naar billijkheid »)? L'application de la règle de droit communautaire peut-elle être exclue en pareil cas?

36. Nous considérons qu'une juridiction étatique, même statuant comme amiable compositeur, doit appliquer ce droit.

37. En effet, il résulte des principes de primauté et d'uniformité d'application du droit communautaire que les règles du traité, singulièrement celles relatives à la concurrence, s'imposent dans tous les États membres.

38. Vous avez ainsi jugé, dans les arrêts Broekmeulen<sup>26</sup> et Nordsee, précité, que

« ... il importe que le droit communautaire soit intégralement respecté sur le territoire de tous les États membres; les parties à un contrat ne sont donc pas libres d'y déroger »<sup>27</sup>.

39. De même, vous considérez que

« ... des pratiques législatives ou judiciaires nationales, à supposer même qu'elles soient communes à tous les États membres, ne sauraient s'imposer dans l'application des règles de concurrence du traité »<sup>28</sup>.

40. De telles pratiques seraient en effet contraires à l'article 5, deuxième alinéa, du traité et de nature à priver d'effet utile les règles communautaires<sup>29</sup>.

41. Il s'ensuit qu'une juridiction étatique, même statuant en équité, doit respecter les

24 — Voir, sur ce point, l'arrêt du 17 octobre 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199, point 8).

25 — Précité (voir références supra, note 21), point 14.

26 — Arrêt du 6 octobre 1981 (246/80, Rec. p. 2311).

27 — Arrêt Nordsee, point 14.

28 — Voir l'arrêt du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission (43/82 et 63/82, Rec. p. 19, point 40, souligné par nous).

29 — Voir arrêt du 10 janvier 1985, Leclerc e. a./« Au blé vert » e. a. (229/83, Rec. p. 1, point 14).

règles du droit communautaire de la concurrence et pouvoir saisir la Cour de toute question relative à leur interprétation ou, le cas échéant, à leur validité <sup>30</sup>.

#### Sur la deuxième question préjudicielle

42. On le voit, l'obligation de statuer en amiable compositeur ne peut avoir pour effet d'exclure l'application de règles que vous qualifiez d'ailleurs d'*impératives* <sup>31</sup>.

43. On notera, au surplus, que le juge a quo est saisi d'une « déclaration pour *droit* » (« *verzoek om een verklaring voor recht* ») <sup>32</sup>.

44. L'applicabilité de l'article 177 du traité est donc certaine.

45. Avant de passer à l'examen au fond de la seconde question, levons un préalable: le gouvernement français soutient que cette dernière ne présente qu'un lien hypothétique avec le litige pendant devant le juge de renvoi et ne précise pas suffisamment le contexte factuel et juridique dans lequel elle s'inscrit.

46. Nous ne partageons pas cette analyse: la demande au principal a pour objet le paiement d'une charge de péréquation imposée par un distributeur régional néerlandais en application des conditions générales de livraison d'énergie. Il est possible que si pendant la période considérée les distributeurs locaux avaient pu s'approvisionner en électricité auprès d'un fournisseur étranger, ils auraient pu échapper, au moins en partie, au paiement de cette charge. Ils ont donc intérêt à faire juger que le droit communautaire s'oppose à l'interdiction implicite d'importer qui les frappe.

47. Par ailleurs, la Cour dispose, selon nous, de toutes les données de fait et de droit lui permettant de répondre à la question posée. C'est notamment à bon droit que le juge national a pu renvoyer à la décision 91/50 dont le contexte factuel était identique.

48. La deuxième question, relative à l'interprétation des articles 37, 85, 86 et 90 du traité CEE, concerne essentiellement,

30 — Voir, sur cette question, nos conclusions (point 19) sous l'arrêt du 30 mars 1993, Corbiau (C-24/92, Rec. p. I-1277).

31 — Voir l'attendu reproduit dans plusieurs arrêts de la Cour: arrêts du 21 septembre 1989, Hoechst/Commission (46/87 et 227/88, Rec. p. 2859, point 25), du 17 octobre 1989, Dow Benelux/Commission (85/87, Rec. p. 3137, point 36), du 17 octobre 1989, Dow Chemical Ibérica e. a./Commission (97/87, 98/87 et 99/87, Rec. p. 3165, point 22), et du 18 octobre 1989, Orkem/Commission (374/87, Rec. p. 3283, point 19), ci-après cité et souligné par nous: « Ces règles (de concurrence) ont pour fonction, ainsi qu'il ressort du quatrième alinéa du préambule du traité, de l'article 3, sous f), et des articles 85 et 86, d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs. L'exercice des pouvoirs conférés à la Commission par le règlement n° 17 concourt ainsi au maintien du régime concurrentiel voulu par le traité dont le respect s'impose *impérativement* aux entreprises ».

32 — Décision rendue le 24 avril 1990 par le juge de renvoi.

pour la période 1985-1988, l'interdiction d'importer en tant qu'elle vise les rapports entre les distributeurs régionaux et locaux (mais non les consommateurs: leur situation a été examinée dans la décision 91/50).

53. Le seul point qui fait ici débat est l'interdiction d'importer en empruntant le circuit de la distribution publique.

54. Dans ces limites, examinons tour à tour chacun des articles cités.

49. Comme le relève IJM<sup>33</sup>: « La présente procédure se rapporte précisément à ce à quoi, dans sa décision IJsselcentrale, la Commission n'a manifestement pas voulu toucher: la réglementation de droit privé du secteur de l'électricité aux Pays-Bas dans le domaine de la distribution publique, telle qu'elle s'est appliquée jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur l'électricité de 1989. »

*Sur l'article 37*

55. L'application de l'article 37 suppose une triple vérification:

50. S'agissant de ce marché, la question qui vous est soumise doit être bien cernée.

— quant à son champ d'application, il ne vise que les échanges de marchandises;

51. En l'occurrence, le principe de l'unicité du réseau n'est pas discuté: l'avantage qui résulterait de l'introduction de la concurrence sur le transport d'électricité serait d'ailleurs très inférieur à l'inconvénient consécutif à une duplication du réseau.

— quant à son objet, il ne porte que sur les monopoles nationaux présentant un caractère commercial;

52. Pas davantage le principe du gestionnaire unique (la SEP, en l'occurrence) et l'existence de monopoles régionaux de distribution ne sont mis en cause.

— quant à ses effets, il conduit à l'exclusion de toute discrimination entre ressortissants des États membres.

33 — P. 24 de la traduction française de ses observations.

56. Qu'en est-il de ces trois points?

## 1. L'électricité est-elle une marchandise?

57. Aux termes de l'arrêt Sacchi<sup>34</sup>: « ... il résulte tant de la place (de l'article 37) dans le chapitre sur l'élimination des restrictions quantitatives que de l'emploi des mots 'importations' et 'exportations' au deuxième alinéa du paragraphe 1 et du mot 'produits' aux paragraphes 3 et 4 qu'(il) vise les échanges de *marchandises* et ne peut concerner un monopole de prestations de services. »

58. Les conditions de transport et de distribution de l'électricité sont aussi importantes que ses conditions de production. On a ainsi pu écrire que « ... les conditions de transport et de distribution induisent inévitablement certaines déformations de ses caractéristiques... »<sup>35</sup>. Il convient donc de s'interroger sur la qualification de marchandises<sup>36</sup>.

59. Ainsi, dans ses observations dans l'affaire C-22/92, EDF/Coramine<sup>37</sup>, le gouvernement français constatait que: « Une des

spécificités de l'électricité est d'ailleurs que sa qualité ne dépend que du réseau de transport et de distribution et pratiquement pas de ses conditions de production. Cette caractéristique conduit d'ailleurs à considérer l'électricité davantage comme un service que comme une marchandise, le réseau n'assurant pas seulement une fonction de transport, mais aussi une fonction d'optimisation et d'élaboration d'éléments déterminants de l'électricité livrée aux consommateurs finals »<sup>38</sup>.

60. On pourrait ajouter que l'article 2 de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises signée à Vienne le 11 avril 1980 exclut de son champ d'application les ventes d'électricité.

61. Enfin, l'absence de politique commune en la matière<sup>39</sup> viendrait rappeler, s'il en était besoin, l'extrême spécificité du produit.

62. Nous ne doutons pas, pourtant, que l'électricité doive être considérée comme une marchandise au sens du traité.

34 — Arrêt du 30 avril 1974 (155/73, Rec. p. 409, point 10, souligné par nous). La jurisprudence est constante depuis lors: voir le point 8 de l'arrêt du 28 juin 1983, Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn (271/81, Rec. p. 2057). Arrêt du 27 octobre 1993, Lagauche et Evraud (C-46/90 et C-93/91, point 33, Rec. p. I-5267).

35 — Sablière, P.: note sous l'arrêt de la cour d'appel d'Angers du 16 décembre 1987, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, mai 1988, p. 182.

36 — Voir le point 30 des observations du gouvernement néerlandais.

37 — Observations déposées avant que la question préjudicielle soit retirée.

38 — p. 7.

39 — Voir l'article 3, sous t), du traité CE et la déclaration relative à la protection civile, à l'énergie et au tourisme, annexée à l'acte final du traité de Maastricht.

63. En premier lieu, elle fait l'objet d'un commerce et d'un marché comparables à ceux d'une marchandise et doit pouvoir bénéficier des dispositions du droit communautaire qui visent à la suppression des barrières aux échanges <sup>40</sup>.

64. En second lieu, la catégorie des services est résiduelle, comme le démontre le libellé de l'article 60 du traité.

65. En troisième lieu, vous avez déjà jugé — certes implicitement —, dans votre célèbre arrêt Costa/ENEL, que l'électricité relevait du champ d'application de l'article 37 <sup>41</sup>.

66. En quatrième lieu, l'électricité est considérée comme une marchandise par la nomenclature tarifaire (code NC 27.16).

67. Enfin, les autres sources d'énergie, tels le charbon, le gaz naturel ou le pétrole, sont appréhendées comme des marchandises par le droit communautaire <sup>42</sup>. Il apparaît dès lors logique de traiter l'électricité de la même manière.

68. Si l'électricité est une marchandise, est-on pour autant en présence d'un monopole commercial au sens de l'article 37?

*2. Est-on en présence d'un monopole national présentant un caractère commercial?*

69. Il résulte de votre arrêt Bodson <sup>43</sup> que cette disposition englobe des situations où le monopole ne couvre qu'une partie du territoire national, telle une région <sup>44</sup>.

70. Pour pouvoir s'appliquer, l'article 37 suppose une situation où « ... les autorités nationales sont à même de contrôler ou de diriger les échanges entre États membres, ou encore de les influencer sensiblement, par voie d'un organisme institué à cet effet ou d'un monopole délégué » <sup>45</sup>.

71. Or, la situation que vous présente le juge de renvoi ne rentre pas dans un tel cadre. En effet, IJM a bénéficié jusqu'en 1989 d'une concession non exclusive <sup>46</sup> de l'État pour

40 — Voir, en ce sens, Everling, U.: « Der Binnenmarkt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften », dans *Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität - Realität oder Utopie*, herausgegeben von Rudolf Lukes, 1988, p. 142.

41 — Arrêt du 15 juillet 1964 (6/64, Rec. p. 1141, 1163).

42 — Voir, par exemple, l'arrêt du 13 décembre 1990, Commission/Grèce (C-347/88, Rec. p. I-4747) concernant les importations de pétrole brut et de produits pétroliers.

43 — Arrêt du 4 mai 1988 (30/87, Rec. p. 2479, point 13).

44 — Comme le relève l'avocat général M. Da Cruz Vilaça dans ses conclusions sous l'arrêt Bodson: l'article 37 ne fait pas dépendre d'une quelconque dimension territoriale ses conditions d'application « ... lesquelles sont définies au contraire en fonction des effets du monopole sur le commerce intracommunautaire » (Rec. 1988, p. 2494, point 41).

45 — Arrêt Bodson, point 13.

46 — Voir, sur ce point, les observations d'IJM, point 1.1, et l'article 2, paragraphe 1, de la concession. Voir, également, la décision de la Commission 91/50, point 9.

assurer l'approvisionnement public d'électricité qui ne prévoit aucune interdiction d'importer<sup>47</sup>.

72. Celle-ci est stipulée dans l'accord de coopération conclu entre les producteurs d'électricité et la SEP (article 21, paragraphe 1) et, implicitement, par les conditions générales d'IJM qui sont, l'un et l'autre, comme l'a relevé à juste titre la décision 91/50<sup>48</sup> à propos de l'OvS, des actes de droit privé.

73. Il n'est nullement établi que cette interdiction ait été, entre 1985 et 1988, imposée ou même simplement recommandée par les pouvoirs publics<sup>49</sup>. La loi sur l'importation d'électricité applicable pendant la période sous examen n'interdisait pas une telle importation qu'elle subordonnait simplement à l'obtention d'une licence<sup>50</sup>.

74. Dès lors, la circonstance que les concessionnaires de la distribution régionale d'électricité soient frappés d'une interdiction d'importer et l'imposent à leurs clients ne résulte pas du comportement des autorités nationales mais de celui des entreprises elles-mêmes.

47 — Voir cette décision et l'arrêt royal n° 54 du 13 juin 1918 (*Staatscourant* 15.6.18, n° 138). Voir également les observations d'IJM, p. 21 et 22: la réglementation néerlandaise n'interdit pas l'importation d'électricité, seulement soumise à l'obtention d'une licence.

48 — Point 21.

49 — *Ibidem*.

50 — Loi du 22 octobre 1938, *Staatsblad* 523. Voir point 3.2, in fine, des observations d'IJM.

75. Il s'ensuit que, conformément à la règle posée par votre arrêt Bodson<sup>51</sup>, la situation envisagée par le juge a quo doit être appréciée à la lumière des dispositions du traité applicables aux entreprises et non au regard des règles de l'article 37 sur les monopoles nationaux<sup>52</sup>.

76. Pour la même raison, le monopole d'importation institué par l'OvS ne relève pas de cet article. On remarquera, en effet, que ce n'est qu'à compter de 1989 qu'une réglementation étatique (*l'Elektriciteitswet* entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1989) a réservé à la SEP l'importation d'électricité destinée à l'approvisionnement public. C'est d'ailleurs cette réglementation, étrangère à notre espèce, que vise l'avis motivé adressé le 26 novembre 1992 au gouvernement néerlandais<sup>53</sup>.

77. Il en résulte que ni l'interdiction d'importer ni l'obligation d'achat exclusif en cause n'entrent dans le champ d'application de l'article 37 dont il n'y a lieu, en conséquence, d'examiner la troisième condition de mise en oeuvre.

51 — Points 14 et 15.

52 — Voir également l'arrêt du 27 septembre 1988, *Bayer et Henneke* (65/86, Rec. p. 5249, point 12).

53 — Voir les observations du gouvernement néerlandais, point 25.

*Sur l'article 85*

78. Levons un préalable. Les dispositions des articles 85 à 90 du traité s'appliquent-elles à la distribution de l'électricité?

79. Votre jurisprudence est constante: « ... lorsque le traité a entendu soustraire certaines activités à l'application des règles de concurrence, il a prévu une dérogation expresse à cet effet »<sup>54</sup>. Les exceptions à ce principe sont d'application restrictive<sup>55</sup>.

80. Il n'y a pas, en matière d'électricité, de disposition correspondant à celle de l'article 42 du traité relatif aux produits agricoles. De plus, le Conseil n'a jamais fait usage, en la matière, de la possibilité prévue par l'article 87, paragraphe 2, sous c).

81. Vous admettez, depuis l'arrêt BNIC<sup>56</sup>, qu'une entente portant sur une matière première rentrant dans la fabrication d'un produit final commercialisé dans toute la Communauté entre dans le champ d'application de l'article 85.

82. Les articles 85 et suivants doivent donc pouvoir s'appliquer à des accords relatifs à la production et la distribution d'électricité, de même que, selon votre jurisprudence, l'article 90 du traité aux règles concernant l'approvisionnement de l'Irlande en produits pétroliers<sup>57</sup>.

83. Entre 1985 et 1988, le système de distribution de l'électricité aux Pays-Bas est régi par une série de rapports juridiques qui peuvent être ainsi schématisés:

1. un axe horizontal: l'interdiction d'importer convenue entre producteurs et la SEP (article 21, paragraphe 1, OvS);

2. un axe vertical soit, d'amont en aval:

a) les rapports producteurs/distributeurs régionaux:

article 21, paragraphe 2, OvS;

54 — Arrêts du 30 avril 1986, *Asjes e. a.* (209/84, 210/84, 211/84, 212/84 et 213/84, Rec. p. 1425, point 40), et du 27 janvier 1987, *Verband der Sachversicherer* (45/85, Rec. p. 405, point 12).

55 — Voir l'arrêt définitif du 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlerforening* (T-61/89, Rec. p. II-1931, point 54).

56 — Arrêt du 30 décembre 1987 (136/86, Rec. p. 4789, point 18).

57 — Arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil e. a.* (72/83, Rec. p. 2727).

b) les rapports distributeurs régionaux/distributeurs locaux:

article 2, paragraphe 2, CG;

contexte économique et juridique dans lequel ils se situent et de la portée réelle de ces pratiques restrictives<sup>59</sup>. Le marché de l'électricité connaît des spécificités qu'il convient, ici, de rappeler.

c) les rapports distributeurs locaux/consommateurs: dispositions, elles aussi, de nature contractuelle.

87. Le marché des échanges d'électricité entre les Pays-Bas et le reste de la Communauté présente une caractéristique commune à tous les États membres: c'est un « commerce entre grands réseaux »<sup>60</sup>, constitué d'une « coopération volontaire entre monopoles nationaux »<sup>61</sup>.

84. Une interdiction d'importer, telle celle résultant de l'article 21, paragraphe 1, de l'OV<sub>S</sub>, et une obligation d'achat exclusif, telle celle contenue dans les accords verticaux, constituent-elles des infractions à l'article 85, paragraphe 1?

88. Les importations d'électricité aux Pays-Bas, nous l'avons vu, sont centralisées par la SEP qui assure la gestion du réseau de transport et des échanges avec l'étranger.

85. On est, dans les deux cas, en présence d'accords entre entreprises. S'il résulte du point 18 de l'arrêt *Bodson* que l'article 85 ne vise pas les contrats de concession conclus entre des communes agissant en qualité d'autorités publiques et des entreprises chargées de l'exécution d'un service public, on notera qu'IJM n'a pas pour seuls cocontractants des communes mais également des sociétés privées<sup>58</sup>.

89. Les échanges entre réseaux interconnectés sont considérables et, en 1988, près du dixième des besoins des Pays-Bas a été satisfait en recourant aux importations<sup>62</sup>.

86. L'appréciation des effets, au regard du droit communautaire de la concurrence, de tels accords suppose la prise en compte du

90. La Communauté cherche à promouvoir ce type d'échanges, comme le démontre la

59 — Arrêt du 28 février 1991, *Delimitis* (C-234/89, Rec. p. I-935, point 14).

60 — L'expression est de Guièze, J. L.: note sous la décision de la Commission 91/50, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, janvier 1992, p. 34.

61 — Décision 91/50, point 11.

62 — *Ibidem*, point 12. Selon le Livre blanc de la Commission sur le marché de l'énergie, la CEE connaît « ... l'un des réseaux internationaux à haute tension les plus intégrés du monde... » (précité note 2, p. 69).

58 — Point 1.2 des observations d'IJM.

directive 90/547 relative au transit d'électricité sur les grands réseaux <sup>63</sup>.

91. Ainsi que le relève la décision 91/50, les échanges d'électricité transfrontaliers *en dehors des échanges entre grands réseaux* sont quasiment inexistants <sup>64</sup>.

92. Les débats dans la présente affaire ont montré que les distributeurs locaux ne disposent pas de « lignes de couple » les reliant directement aux réseaux étrangers d'électricité <sup>65</sup> et que toute importation ne peut se faire que par l'intermédiaire du réseau de distribution publique (aux Pays-Bas, celui géré par la SEP).

93. Par conséquent, si les droits exclusifs à l'importation étaient supprimés, la compagnie locale de distribution ne pourrait acheter de l'électricité auprès d'un producteur établi dans un autre État membre que si cette dernière pouvait être transportée par le réseau de distribution publique.

94. Une telle faculté, dite d'accès de tiers au réseau (ATR) ou « common carrier », permet d'utiliser le réseau de distribution publi-

que dans le cadre de contrats d'approvisionnement entre un utilisateur (ou un distributeur local d'électricité) et un producteur, que celui-ci soit établi dans le même État ou dans un autre État membre.

95. Le marché peut donc être affecté de deux manières par une interdiction d'importer dès lors que celle-ci est totale <sup>66</sup>. Les sociétés de distribution régionales ou locales sont privées de la possibilité de s'approvisionner auprès d'un producteur d'électricité établi dans un autre État membre en passant par le réseau public. De plus, le coût de l'électricité dans l'État membre où l'importation est interdite peut affecter les capacités d'exportation des entreprises consommatrices qui y ont leur centre de production.

96. La combinaison de l'OvS et des conditions générales a-t-elle eu un effet restrictif sur la concurrence <sup>67</sup>?

97. L'article 21, paragraphe 1, de l'OvS fait interdiction aux sociétés de production d'importer. Son paragraphe 2 interdit aux acheteurs d'électricité de se fournir auprès d'autres producteurs que les membres de la SEP, les privant ainsi de tout accès à d'autres sources d'approvisionnement.

63 — (précitée, note 1). La directive admet que, dans un État membre, une seule entité puisse avoir la responsabilité d'un grand réseau électrique à haute tension. Pour les Pays-Bas, elle désigne la SEP.

64 — Point 16.

65 — Voir, notamment, le point 3 in fine (p. 30), de la traduction française des observations d'IJM.

66 — Ce qui semble être le cas des Pays-Bas. Voir le point 27 de la décision 91/50.

67 — Voir, sur ce point, les points 25 et suivants de la décision 91/50.

98. Les CG font obligation au distributeur local de s'approvisionner exclusivement auprès du distributeur régional, cette obligation d'achat exclusif étant conclue pour une durée indéterminée avec un délai de préavis de trois ans (article 17, paragraphe 2).

99. Le caractère réciproque de l'exclusivité a pour effet de fermer totalement l'accès au marché considéré, rendu de ce fait inaccessible à d'éventuels concurrents tant des producteurs que des distributeurs. Il en résulte « un tout cohérent »<sup>68</sup> qui entraîne une canalisation du marché fermant son accès à tout producteur indépendant. L'effet restrictif sur la concurrence de tels accords est donc certain<sup>69</sup>.

100. Mais ces accords affectent-ils sensiblement le marché intracommunautaire?

101. Dans sa décision 91/50, la Commission a montré comment, s'agissant de la production, l'OvS influençait le commerce entre États membres, compte tenu, notamment, de sa durée et de son champ géographique d'application<sup>70</sup>.

102. Nous considérons qu'une obligation d'achat exclusif, telle celle prévue par l'arti-

cle 2, paragraphe 2, des CG, peut également avoir pareil effet quant aux rapports entre distributeurs régionaux et locaux.

103. Le distributeur local est privé de la possibilité de s'approvisionner auprès d'un autre distributeur régional ou d'un producteur établis dans un autre État membre.

104. On pourrait douter de l'effet sensible d'une telle exclusivité si elle était cantonnée à une région peu peuplée d'un État membre. Il est toutefois acquis, depuis vos arrêts *Brasserie de Haecht*<sup>71</sup> et *Delimitis*, précité, qu'un tel accord doit être examiné dans son contexte économique et juridique et que, s'il coexiste avec d'autres accords d'exclusivité, leur effet cumulatif éventuel sur le jeu de la concurrence doit être pris en compte<sup>72</sup>.

105. Il semble que les conditions générales imposées par IJM s'alignaient sur des conditions générales types de livraison établies par l'association des exploitants de centres distributeurs d'électricité aux Pays-Bas (le VEEN)<sup>73</sup>. Il n'est donc pas exclu que leur effet cumulé ait pu porter sur l'ensemble du territoire d'un État membre. C'est donc une partie substantielle du marché commun qui serait alors en cause<sup>74</sup>. Il en résulterait un cloisonnement d'un marché national qui

68 — Décision 91/50, point 28.

69 — *Ibidem*, points 25 et 28.

70 — *Ibidem*, point 32.

71 — Arrêt du 12 décembre 1967 (23/67, Rec. p. 525).

72 — Voir le point 14 de l'arrêt *Delimitis*.

73 — Voir les points 6 et 28 de la décision 91/50.

74 — Voir, par exemple, l'arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission* (322/81, Rec. p. 3461, points 23 à 28).

entraverait la réalisation d'un marché unique. C'est au juge de renvoi qu'il appartiendra de vérifier ce point.

106. Nous estimons, par conséquent, que des accords du type de ceux sous examen peuvent permettre, selon votre jurisprudence constante, « ... d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il(s) puisse(nt) exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États »<sup>75</sup>.

107. Il en résulte qu'une telle interdiction d'importer

1) n'affecte pas le commerce d'électricité entre grands réseaux de distribution publique,

2) mais peut affecter le commerce intracommunautaire d'électricité impliquant utilisation du réseau de distribution publique aux niveaux régional et local.

108. On notera que l'article 85, paragraphe 3, est ici inapplicable. Ni l'OvS ni les CG, qui n'ont pas été notifiés<sup>76</sup>, n'ont pu faire l'objet de décisions d'exemption. De plus, ces accords ne rentrent pas dans le champ d'application de règlements d'exemption par catégorie d'ores et déjà adoptés par la Commission<sup>77</sup>.

*Sur l'article 86*

109. Quant à l'éventuelle existence d'un abus de position dominante, les débats n'ont porté que sur IJM et non sur une éventuelle violation de l'article 86 par la SEP. Cette société n'est d'ailleurs pas partie au litige au principal. Nous nous limiterons donc à l'examen de la situation d'IJM.

110. Prise isolément, une société, dont la concession se limite au territoire d'une province peu peuplée d'un État membre, n'occupe pas a priori une position dominante sur une partie substantielle du marché commun.

75 — Arrêt du 11 juillet 1985, Remia e. a./Commission (42/84, Rec. p. 2545, point 22).

76 — Voir la décision de la Commission 91/50, point 53, pour l'OvS.

77 — Par application de son article 3, sous c), le règlement (CEE) n° 1983/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive (JO L 173, p. 1) est inapplicable aux CG.

111. Il n'en irait plus de même si la concession couvrait l'ensemble — voire une large partie — du territoire de cet État <sup>78</sup>.

112. Nous avons vu que d'autres distributeurs régionaux d'électricité néerlandais sont liés aux distributeurs locaux par le même type de contrat que celui qui unit IJM aux requérants au principal.

113. Dès lors, se pose la question de l'existence d'une position dominante collective.

114. Il ressort des termes mêmes de l'article 86, premier alinéa, que « plusieurs entreprises » peuvent exploiter de façon abusive une position dominante.

115. Vous avez ainsi jugé que ce texte s'appliquait à un ensemble de monopoles communaux (ayant pour objet le service extérieur des pompes funèbres) « ... concédés à un même groupe d'entreprises dont la ligne d'action sur le marché est déterminée par la maison mère... » <sup>79</sup>, à la condition, notamment, que ce groupe occupe une situation de puissance économique lui permettant de faire obstacle à une concurrence effective sur ce marché.

116. Dans l'arrêt « Verre plat », SIV e. a./Commission <sup>80</sup>, le Tribunal de première instance a précisé la notion de position dominante collective:

« On ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques *indépendantes* soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le marché. Tel pourrait, par exemple, être le cas si deux ou plusieurs entreprises *indépendantes* disposaient en commun, par voie d'accord ou de licence, d'une avance technologique leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs... » <sup>81</sup>.

117. Pas de position dominante collective donc, sans un minimum de liens permettant d'assurer aux entreprises considérées une domination collective du marché.

118. Il appartiendra au juge de renvoi de vérifier si les sociétés de distribution régionale sont unies par des liens économiques suffisants pour détenir collectivement une telle position. Relevons que les distributeurs régionaux d'électricité établis aux Pays-Bas ont, semble-t-il, pour

78 — Arrêt du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925, point 31).

79 — Arrêt Bodson, précité, point 35.

80 — Arrêt définitif du 10 mars 1992 (T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, points 357 et suiv.).

81 — Point 358, souligné par nous.

point commun d'être liés aux distributeurs locaux par le même type de contrat <sup>82</sup>.

*Sur l'article 90, paragraphe 2*

119. Mais y a-t-il abus?

120. A plusieurs reprises, vous avez eu l'occasion de juger que « ... le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante, de lier — fût-ce à leur demande — des acheteurs par une obligation ou une promesse de se fournir, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue une exploitation abusive de cette position, au sens de l'article 86 du traité CEE, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais... » <sup>83</sup>.

121. Ainsi, même si le distributeur régional est tenu d'une obligation inconditionnelle de livraison, l'obligation d'achat exclusif qu'il met à la charge de ses clients constitue une entrave insurmontable à la pénétration de tiers sur le marché.

122. Dans les conditions ci-dessus précisées, l'article 86 serait donc applicable.

123. L'existence d'accords ou de comportements d'entreprises contraires aux articles 85 et 86 pourrait-elle être justifiée par la mission impartie à celles-ci? En l'occurrence, faut-il considérer que les distributeurs d'électricité sont chargés de la gestion d'un service d'intérêt économique général?

124. Avant d'aborder ce débat, une question se pose: celle de savoir si l'article 90, paragraphe 2, est ou non d'effet direct.

125. Dans votre arrêt « Port de Mertert » <sup>84</sup>, vous avez formellement refusé d'admettre un tel effet. Il est clair cependant que, bien que ne l'ayant pas expressément jugé, vous considérez désormais que cette disposition est directement applicable.

126. Dans un premier temps donc, vous avez jugé que les dérogations aux règles de concurrence devaient d'abord être autorisées par une décision de la Commission prise en application de l'article 90, paragraphe 3 <sup>85</sup>.

82 — Point 28 de la décision 91/50.

83 — En dernier lieu, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1993, BFB Industries/Commission (T-65/89, Rec. p. II-389, point 68). Voir également les arrêts 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, Rec. p. 461, point 89), et du 3 juillet 1991, AKZO/Commission (C-62/86, Rec. p. 3359, point 149).

84 — Arrêt du 14 juillet 1971, Muller (10/71, Rec. p. 723)

85 — Voir les arrêts « Port de Mertert » (précité, point 16) et du 20 mars 1985, Italie/Commission (41/83, Rec. p. 873, point 30), ainsi que le point 16 de la décision 90/16/CEE de la Commission, du 20 décembre 1989, relative à la prestation aux Pays-Bas du service du courrier rapide (JO L 10, p. 47). Cette décision a été annulée par l'arrêt du 12 février 1992, Pays-Bas e. a./Commission (C-48/90 et C-66/90, Rec. p. I-565).

127. La question de l'effet direct vous ayant été expressément posée dans l'affaire « BRT-II »<sup>86</sup>, vous n'avez pas eu alors à y répondre dans la mesure où l'entreprise qui invoquait l'article 90, paragraphe 2, n'était pas chargée par l'État de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

128. L'arrêt Ahmed Saeed, du 11 avril 1989<sup>87</sup>, marque un tournant dans l'histoire de cette jurisprudence: vous donnez, en effet, au juge national une compétence analogue à celle de la Commission, pour interpréter et appliquer ce texte. Comme l'a noté le Pr Berlin: « ... si le juge étatique peut procéder à cette appréciation, c'est bien que cette disposition a été invoquée aux fins d'application, devant lui. C'est donc admettre implicitement cette invocabilité »<sup>88</sup>. Il appartient au juge national 1) de vérifier si l'entreprise qui invoque l'article 90, paragraphe 2, est bien chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général<sup>89</sup>, 2) de déterminer les nécessités de l'accomplissement de la mission d'intérêt général en cause et leur répercussion sur l'application des règles de concurrence<sup>90</sup> (« Il appartient à la juridiction nationale de faire, sur ce point, les vérifications de fait nécessaires »<sup>91</sup>).

86 — Arrêt du 21 mars 1974 (127/73, Rec. p. 313, points 19 à 23). Voir également l'arrêt du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, Rec. p. I-5889, point 27).

87 — 66/86, Rec. p. 803.

88 — « L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises », *RTDE*, 1991, p. 1, 5.

89 — Point 55 de l'arrêt Ahmed Saeed, précité.

90 — Point 56.

91 — Point 57.

129. Dans l'arrêt ERT<sup>92</sup>, vous avez confirmé en ces termes votre position:

« ... il appartient au juge national d'apprécier la compatibilité des pratiques d'une telle entreprise (titulaire en l'occurrence du monopole de la retransmission d'émissions de télévision étrangères) 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 »<sup>93</sup>.

130. L'arrêt Corbeau<sup>94</sup> constitue, à ce jour, la dernière étape de cette évolution: s'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si une entreprise peut se prévaloir de l'article 90, paragraphe 2, c'est à la condition d'appliquer certains critères — que vous définissez — de dérogation aux règles de concurrence.

131. Ainsi, le titulaire d'un service d'intérêt économique général, tel que la Régie des postes, doit pouvoir assurer l'équilibre économique de son fonctionnement grâce à des secteurs d'activités rentables<sup>95</sup>. En revanche, l'exclusion de la concurrence ne peut s'étendre à « ... des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers

92 — Précité, note 78. Voir également le point 99 de l'arrêt du 18 novembre 1992, *Rendo*, précité.

93 — Point 34.

94 — Arrêt du 19 mai 1993 (C-320/91, p. I-2533).

95 — Point 17.

d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas... »<sup>96</sup>.

132. Nous ajouterons que l'économie de l'article 90 commande cet effet direct.

133. Vos arrêts du 19 mars 1991, France/Commission<sup>97</sup>, et du 17 novembre 1992, Espagne e. a./Commission<sup>98</sup>, rendus à propos des directives relatives à la concurrence dans les marchés des terminaux de télécommunication et des services de télécommunications l'ont rappelé: « ... l'article 90 ne confère de pouvoir à la Commission qu'à l'égard des mesures étatiques... »<sup>99</sup>.

134. Parallèlement, les particuliers doivent pouvoir invoquer l'article 90, paragraphe 2, à propos de comportements d'entreprises.

135. Cette solution s'impose d'autant plus que le juge national a toujours la possibilité

de saisir la Cour par voie préjudicielle ou de consulter la Commission<sup>100</sup>.

136. Il convient, à ce stade, de rechercher si les distributeurs régionaux et locaux d'électricité entrent dans la catégorie des « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général » au sens de l'article 90, paragraphe 2.

137. Permettant de déroger aux principes communautaires de concurrence, cette notion doit être appliquée strictement<sup>101</sup>. Elle n'intègre que « ... les activités qui bénéficient directement à la collectivité »<sup>102</sup>.

138. Dans le domaine voisin des télécommunications, vous considérez que le monopole de mise à disposition des usagers d'un réseau public de téléphone constitue un service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2<sup>103</sup>. Il en va de même pour celui de la Régie des postes belges en tant qu'il est limité au droit exclusif de collecter, de transporter et de distribuer le courrier<sup>104</sup>.

96 — Point 19.

97 — C-202/88, Rec. p. I-1223.

98 — C-271/90, C-281/90 et C-289/90, Rec. p. I-5833.

99 — Point 55 de l'arrêt France/Commission et point 24 de l'arrêt Espagne e. a./Commission. En effet, vous jugez que l'article 90, paragraphe 2, s'applique non seulement aux entreprises mais aussi aux États qui en tirent le pouvoir de conférer à des entreprises qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général des droits exclusifs faisant obstacle à l'application des règles de concurrence (arrêt Corbeau, précité, point 14). C'est dire l'importance pratique de cette disposition.

100 — Voir la communication 93/C39/05 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1993, C 39, p. 6).

101 — Voir l'arrêt du 21 mars 1974, « BRT-II », précité, point 19.

102 — Point 27 des conclusions de l'avocat général M. Van Gerven sous l'arrêt du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova* (précité, note 86).

103 — Arrêts du 20 mars 1985, *Italie/Commission* (précité note 85, points 28 à 33), et du 13 décembre 1991, *GB-Inno-BM* (C-18/88, Rec. p. I-5941, point 16).

104 — Arrêt Corbeau, précité, point 15.

139. Dans sa décision 91/50, la Commission a considéré que la SEP — et les sociétés de production qui y sont parties — fournissent des services d'intérêt économique général, dès lors que (i) « La SEP a pour mission essentielle de veiller au fonctionnement fiable et efficace de la distribution publique d'électricité sur le territoire national... »<sup>105</sup>, (ii) cette mission a été confiée aux sociétés de production par une concession de droit public<sup>106</sup>.

140. Dans sa décision 93/126/CEE du 22 décembre 1992<sup>107</sup>, elle a estimé que les compagnies d'électricité allemandes relevaient du champ d'application de l'article 90, « ... dans la mesure où elles garantissent la distribution d'électricité à la collectivité »<sup>108</sup>.

141. Il apparaît donc que, dès lors qu'elle a été investie de la gestion d'un tel service par les pouvoirs publics<sup>109</sup>, tel doit être aussi le cas d'une société chargée de la *distribution publique* d'électricité, qui, en tant que concessionnaire, est *tenu* de livrer (point 7 de la décision 91/50).

142. L'article 90, paragraphe 2, étant directement applicable et une société de ce type entrant dans son champ d'application, à

quelles conditions est-il satisfait à la règle de proportionnalité posée par ce texte?

143. Traditionnellement, votre interprétation à cet égard est restrictive. Vous déclarez, en effet, que

« ... selon l'article 90, paragraphe 2, du traité, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général restent soumises aux règles de concurrence tant qu'il n'est pas démontré que l'application de ces règles est *incompatible* avec l'exercice de leur mission particulière... »<sup>110</sup>.

144. L'arrêt Corbeau marque un tournant: il ne reprend pas cet attendu de principe et ne rappelle pas aux États ce qui leur est interdit, en matière de droits exclusifs, mais précise ce qu'ils peuvent faire:

« (L'article 90, paragraphe 2,) permet ... aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute

105 — Point 40.

106 — Point 41.

107 — Relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE et de l'article 65 du traité CECA (Jahrhundertvertrag) (JO L 50, p. 14).

108 — Point 28.

109 — Tel est le cas d'IJM, bénéficiaire d'une concession de l'État.

110 — Point 33 de l'arrêt du 18 juin 1991, ERT, précité, souligné par nous. Voir également les arrêts du 30 avril 1974, Sacchi (précité, point 15), du 3 octobre 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261, point 17), et du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 24).

concurrence<sup>111</sup>, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs »<sup>112</sup>.

145. Vous avez précisé que le titulaire du droit exclusif doit notamment pouvoir, pour accomplir sa mission d'intérêt général, bénéficier de « ... conditions économiquement acceptables »<sup>113</sup> ou de « ... conditions d'équilibre économique... »<sup>114</sup>.

146. Ainsi, les règles de concurrence peuvent être écartées, non seulement lorsqu'elles rendent impossible l'accomplissement par l'entreprise considérée de sa mission de service public, mais également lorsqu'elles mettent en danger son équilibre financier.

147. C'est pourquoi le titulaire des droits exclusifs peut être admis à faire fonctionner en exclusivité des services rentables pour compenser les résultats déficitaires d'autres secteurs de son activité: une limitation, voire une exclusion, de la concurrence dans ceux-ci

est donc admissible car les entrepreneurs particuliers ne sont pas tenus de procéder à cette compensation<sup>115</sup>.

148. Toutefois, « ... des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas,... » doivent être ouverts à la concurrence, dès lors qu'ils « ... ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général... »<sup>116</sup>.

149. Et vous en avez conclu que le service de courrier accéléré doit être ouvert à la concurrence sous cette condition dont il appartient au juge national de vérifier l'existence.

150. On mesure ainsi l'assouplissement que l'arrêt Corbeau apporte aux conditions d'application de l'article 90, paragraphe 2: il « ... a le mérite d'attirer l'attention sur les contraintes de service public que l'évolution récente du droit communautaire avait peut-être un peu trop négligées »<sup>117</sup>.

111 — Par cette incise, la Cour revient, selon nous, sur le point 19 de l'arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil e. a.* (précité note 57, point 19), qui édictait que:  
« (L'article 90, paragraphe 2), n'exempte cependant pas l'État membre qui a chargé une entreprise d'une telle gestion de l'interdiction de prendre, en faveur de cette entreprise et afin de protéger son activité, des mesures qui entravent, contrairement à l'article 30 du traité, les importations des autres États membres ». Doit-on préciser que cette réserve, qui résultait d'un *obiter dictum* n'avait jamais été confirmée par votre jurisprudence et qu'elle ne visait que *les mesures étatiques*?

112 — Point 14.

113 — Point 16.

114 — Point 17.

115 — Point 18.

116 — Point 19.

117 — Hamon, F: note sous l'arrêt Corbeau (précité, note 95), *AJDA*, 20 décembre 1993, p. 866, 869.

151. Quelles sont les conditions « économiquement acceptables » de l'approvisionnement en électricité d'un distributeur local? Ou, pour reprendre l'expression de votre arrêt GB-Inno-BM<sup>118</sup>, les « exigences essentielles » de cet approvisionnement?

152. Dans la ligne de votre arrêt Corbeau, il vous appartient de définir, à l'intention du juge national, les critères lui permettant d'apprécier si la situation qui lui est soumise justifie une restriction aux règles de concurrence, telle qu'une interdiction d'importer.

153. Incombait-il aux entreprises productrices — plutôt que d'interdire aux distributeurs régionaux ou locaux d'importer de l'électricité empruntant le réseau de distribution publique — d'admettre, même dans des conditions limitées, l'accès des tiers audit réseau?

154. Il est symptomatique que, dans sa décision 91/50, la Commission a condamné le fait que les importations directes (qui n'empruntent donc pas le réseau de distribution publique) effectuées par les consommateurs industriels privés ne soient pas libres<sup>119</sup> mais n'a pas pris position sur celles devant transiter par le réseau de distribution publique<sup>120</sup>.

155. La nouvelle réglementation britannique est éclairante à cet égard. Il est significatif qu'au Royaume-Uni, où fonctionne le système de distribution d'électricité le plus ouvert à la concurrence au sein de la Communauté, les producteurs d'électricité établis dans d'autres États membres ne peuvent y exporter, qu'en passant par le pool (contrat de groupement unique) dirigé par la National Grid Company, propriétaire et exploitante du réseau très haute tension. Il n'est pas possible d'utiliser le réseau pour alimenter directement telle compagnie de distribution locale<sup>121</sup>.

156. Nous l'avons vu, la proposition de directive concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité présentée par la Commission, vise à supprimer les entraves à la fourniture d'électricité par les producteurs à leurs clients et instaure une possibilité d'accès *limité* des tiers au réseau.

157. Tendait à instaurer « une deuxième phase » dans le processus de libéralisation, elle prend en compte la nécessité de « rationaliser la production, le transport et la distribution de l'électricité tout en renforçant la sécurité d'approvisionnement de la Communauté » et de prévenir des distorsions de concurrence entre industries

118 — Arrêt du 13 décembre 1991 (précité note 104, point 22).

119 — Point 44, sous c).

120 — Point 50.

121 — Voir sur ces points, la communication 90/C191/04 faite conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil relative à la réorganisation de l'industrie de l'électricité en Angleterre et au Pays de Galles (JO C 191, p. 9). Les consommateurs peuvent conclure avec les producteurs des contrats, dits par différence, qui permettent de se garantir contre les variations du prix du pool. La production d'un producteur donné n'est pas livrée à un consommateur déterminé.

tant productrices que consommatrices d'électricité <sup>122</sup>.

158. Elle prévoit que les transporteurs et distributeurs sont tenus de permettre aux compagnies « éligibles » l'accès à leur réseau, « en fonction des capacités disponibles moyennant une rémunération raisonnable » <sup>123</sup>. Cette mesure de libéralisation concerne les entreprises grosses consommatrices d'énergie et les compagnies de distribution. L'utilisation du réseau est soumise à l'autorisation d'un gestionnaire unique qui peut la refuser « ... si une telle utilisation risque de compromettre la distribution d'électricité en exécution d'une obligation légale ou d'un engagement contractuel quelconque » <sup>124</sup>.

159. Préconisant l'établissement au niveau communautaire d'un cadre de principes généraux, la proposition de directive, « conformément au principe de subsidiarité », réserve au choix des États membres la détermination de « l'étendue et la nature des droits des compagnies de distribution ... et de leurs obligations de service public », notamment en ce qui concerne la sécurité du réseau, la satisfaction de la demande et une structure tarifaire destinée à assurer l'égalité de traitement des utilisateurs <sup>125</sup>.

160. On ne manquera pas de relever le décalage entre l'esprit du dispositif ainsi élaboré et la position prise par la Commission à l'occasion de la présente affaire.

161. La proposition de directive, rejetée en l'état par le Conseil, est en cours d'examen au Parlement <sup>126</sup>. Quoi qu'il en soit, on le voit, la suppression de toute entrave aux relations entre les producteurs d'électricité et leurs clients, tout particulièrement ceux situés dans un autre État membre, suppose que soient surmontés une série d'obstacles — qui n'ont d'ailleurs pas échappé à la Commission — dès lors qu'il y a utilisation du réseau de distribution publique.

162. A notre sens, l'ouverture du marché de la fourniture d'électricité est subordonnée, compte tenu des spécificités de ce service d'intérêt économique général, au respect des quatre impératifs suivants:

- une obligation de fourniture ininterrompue de tous les utilisateurs;
- une égalité de traitement entre ces derniers;

122 — Deuxième et sixième considérants.

123 — Dixième considérant.

124 — Article 21, paragraphe 2, de la proposition.

125 — Dix-septième considérant.

126 — Voir *Agence Europe*, du 19 novembre 1993, p. 13, et la réponse donnée par M. Matutes au nom de la Commission à une question écrite d'un parlementaire européen (n° 827/93) (JO 1993, C 333, p. 14).

- une prévention des distorsions de concurrence entre producteurs;
- une protection efficace de l'environnement.

163. Sur le premier point, la sécurité d'approvisionnement doit être totale: la production doit, à tout instant, pouvoir satisfaire l'ensemble de la demande. Les importations doivent donc être coordonnées et adaptées à celle-ci par une gestion centralisée du réseau.

164. En second lieu, la distribution doit être assurée, plus encore que pour le service des Postes, « ... au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire (concedé), à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité »<sup>127</sup>. Il doit ainsi pouvoir être tenu compte des charges particulières liées à l'approvisionnement en électricité de consommateurs éloignés des centres de production.

165. En troisième lieu, l'ouverture du marché de la fourniture d'électricité suppose que les producteurs soient placés dans des conditions de concurrence égales. Comment, en effet, mettre le producteur national qui assume des charges de service public, telles

que celles imputables à l'entretien du réseau, ou qui supporte des taxes élevées en raison de la pollution provoquée par les centrales thermiques, en mesure d'affronter normalement la concurrence d'un producteur d'un État membre voisin non soumis à pareilles contraintes? De même, doit-on admettre que les économies d'échelle que réalise un producteur puissent aboutir à rendre non concurrentielle toute la production nationale d'un autre État membre? Un producteur national qui supporte la charge d'investissements à long terme que lui impose son État pourra-t-il faire face à armes égales à la concurrence d'un producteur totalement indépendant, préoccupé de rentabilité à court terme?

166. Enfin, cette ouverture doit pouvoir être subordonnée au respect de normes minimales en matière d'environnement et de prévention de la pollution.

167. On pourrait voir, dans ces exigences, la justification objective du monopole d'importation de l'électricité que retiennent les États membres de la Communauté.

168. Pour autant, l'existence d'un tel monopole est-elle *indispensable* pour assurer le respect des quatre impératifs précités? Les mêmes objectifs ne peuvent-ils être atteints par des accords — ou une réglementation — moins attentatoires au jeu normal des règles de concurrence?

127 — Point 15 de l'arrêt Corbeau.

169. Il appartient à l'opérateur qui se prévaut de l'exception de l'article 90, paragraphe 2, de justifier de sa mise en oeuvre. Il incomberait en conséquence à IJM de démontrer devant le juge a quo que l'interdiction d'importation et l'obligation d'achat exclusif en cause sont seules de nature à lui permettre d'assurer le respect des quatre impératifs précités.

sens de l'article 90, paragraphe 2, par le maintien de monopoles d'importations. Les propositions opérationnelles de la Commission concernant les réseaux transeuropéens dans le secteur de l'énergie qui prévoient le développement des interconnexions entre les États membres nous confortent dans cette opinion <sup>128</sup>.

170. Pour notre part, nous relevons qu'il existe, d'ores et déjà, une interdépendance des réseaux dans la Communauté. Nous en déduisons que, en l'état de la construction communautaire, le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté au

171. Dernière observation: la très grande hétérogénéité des *politiques énergétiques* des États membres nécessite une *réglementation communautaire* de l'accès des tiers au réseau au moyen de mesures d'*harmonisation*. Nous en voyons confirmation dans le rôle que l'article 129 B confère à la Communauté en la matière.

172. Nous vous proposons, par conséquent, de dire pour droit que:

- « 1) Une juridiction étatique saisie de l'appel d'une sentence arbitrale et statuant comme 'amiable compositeur' est une juridiction au sens de l'article 177 du traité CEE.
- 2) En l'absence, en l'état, de réglementation communautaire de l'accès des tiers au réseau de distribution publique, l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE ne s'oppose pas au monopole d'importation d'électricité résultant d'un accord entre entreprises et à l'obligation d'achat exclusif imposée à des sociétés locales de distribution d'électricité par des sociétés régionales de distribution, dès lors

128 — Voir *Agence Europe*, du 20 janvier 1994, p. 8.

qu'il est établi devant le juge national que de telles mesures sont seules de nature à garantir:

- une obligation de fourniture ininterrompue de tous les utilisateurs;
- une égalité de traitement entre ces derniers;
- une prévention des distorsions de concurrence entre producteurs;
- une protection efficace de l'environnement. »