Commentaires

Arrêt « Essent » : l'interdiction absolue de privatisation à l'épreuve de la libre circulation des capitaux

Anne-Lise Sibony[1] **et Iris Demoulin**[2]

- **Aux grands maux les grands remèdes : la prévention des conflits d'intérêts dans les industries de réseau peut rendre légitimes des mesures antiprivatisation**
- **De telles mesures peuvent être justifiées par la poursuite d'objectifs d'intérêt général**

Introduction

Dans tous les secteurs en réseau, l'un des périls de l'ouverture à la concurrence tient aux conflits d'intérêts qui peuvent exister au sein d'un opérateur historique initialement en monopole entre son activité de prestataire de services et son activité de gestionnaire de réseau. Tel est par exemple le cas en matière ferroviaire : dans la plupart des États européens, il existe un opérateur de chemin de fer unique, qui est historiquement aussi le gestionnaire des voies ferrées et des gares. Cette situation le met en position de fausser la concurrence, par exemple en accordant priorité à ses propres trains pour l'utilisation des voies aux heures de pointe. Le même type de situation se retrouve également dans le secteur de l'énergie, en cause dans l'affaire *Essent*[3] .

Pour pouvoir concurrencer sur un pied d'égalité l'ancien monopole national, les opérateurs concurrents doivent pouvoir accéder au réseau de distribution de gaz ou d'électricité d'une manière non discriminatoire. Pour garantir un tel accès, le droit européen prévoit généralement la création d'un gestionnaire de réseau indépendant des opérateurs qui vendent des services ou des marchandises en flux (transport, communications, électricité)[4].

Afin d'assurer une indépendance structurelle du gestionnaire de réseau, un État membre peut-il opter pour un statut public de cette entité, quitte à adopter des mesures antiprivatisation? Telle était en substance la question soumise à la Cour dans l'affaire *Essent*. C'est la première fois que la Cour a l'occasion d'analyser une mesure antiprivatisation au regard de la libre circulation des capitaux et de l'article 345 TFUE, qui exprime la neutralité du droit de l'Union par rapport aux choix des États membres concernant les régimes de propriété. La jurisprudence sur l'article 345 TFUE est très peu fournie et l'arrêt rapporté clarifie l'articulation entre les libertés de circulation et ce principe de neutralité du droit européen au regard des régimes de propriété. En revanche, l'arrêt *Essent* laisse dans l'ombre la portée éventuelle de l'article 345 au stade du contrôle de proportionnalité.

La réglementation néerlandaise dont était saisie la grande chambre interdisait de manière absolue la privatisation des gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité et de gaz[5]. Cette réglementation faisait, en outre, interdiction aux gestionnaires de se livrer à des activités étrangères à la gestion de réseaux (« interdiction des activités tierces ») ainsi que d'entretenir des liens capitalistiques avec des entreprises produisant, fournissant ou commercialisant de l'électricité ou du gaz aux Pays-Bas (interdiction dite « de groupe »).

L'enjeu économique du débat était loin d'être théorique : l'interdiction de groupe avait obligé le groupe Essent à se scinder en deux. Une telle scission avait entraîné des coûts considérables, ce qui avait conduit le juge national à reconnaître l'intérêt des entreprises concernées à contester la compatibilité de la loi avec le Traité. Ces entreprises considéraient que la réglementation néerlandaise était contraire à la liberté de circulation des capitaux, puisqu'elle empêchait tout investisseur privé d'acquérir des actions ou participations dans le capital d'un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité ou de gaz actif sur le territoire néerlandais. Essent fondait également son action sur une entrave à la liberté d'établissement. Toutefois, comme l'avocat général le rappelle au point 59 de ses conclusions, il est de jurisprudence constante de n'examiner une réglementation nationale à la lumière de la liberté d'établissement que lorsque la mesure nationale entraîne des restrictions à la liberté d'établissement qui sont autres que la conséquence directe des obstacles à la libre circulation des capitaux dont elles sont indissociables[6].

(1) L'auteur est professeur de droit européen à l'Université de Liège (Belgique) et codirectrice de l'Institut d'études juridiques européennes (I.E.J.E.). Elle peut être contactée à l'adresse : alsibony@ulg.ac.be. **(2)** L'auteur est assistante en droit européen à l'I.E.J.E., Université de Liège (Belgique). Elle peut être contactée à l'adresse : iris.demoulin@ulg.ac.be. **(3)** C.J., arrêt du 22 octobre 2013, *Pays-Bas c.Essent* e.a., C-105/12, C-106/12, C-107/12, non encore publié au *Recueil*. **(4)** Considérant 11 de la directive 2009/72 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J.O.U.E.* L 211 du 14 août 2009. **(5)** En l'occurrence, la loi néerlandaise portant réglementation de la production, du transport et de la livraison de l'électricité du 2 juillet 1998 et la loi relative aux règles concernant le transport et la livraison du gaz du 22 juin 2000, telles que modifiées notamment en 2004 et en 2006. **(6)** Voy. notamment : C.J., 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025, points 46-47; C.J., arrêts du 28 septembre 2006, *Commission c. Pays-Bas*, C-282/04 et C-283/04, *Rec.*, p. I-9141, point 43; C.J., 18 juillet 2007, *Oy AA*, C-231/05, *Rec.*, p. I-6373, points 23-24; C.J., 17 septembre 2009, *Glaxo*, C-182/08, *Rec.*, p. I-8591, points 36-37; C.J., juillet 2010, *Commission c. Portugal*, C-171/08, *Rec.*, p. I-6817, point 80.

Commentaires

1 L'entrave à la libre circulation des capitaux n'est pas excusée par l'article 345 TFUE

L'interdiction absolue de privatisation des gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité relève de l'article 345 TFUE, aux termes duquel « [l]es traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres ». Il en découle qu'une interdiction de toute privatisation n'est pas en elle-même contraire au droit de l'Union. Toutefois, l'article 345 TFUE n'a pas pour conséquence de soustraire le régime de propriété aux règles fondamentales de l'Union européenne, dont la libre circulation des capitaux fait partie. Analysant la réglementation en cause sous cet angle, la Cour constate qu'elle constitue une entrave à la libre circulation des capitaux. En effet, par sa nature même, l'interdiction de privatisation et les mesures annexes dont elle est assortie empêchent les investisseurs européens et internationaux de prendre des participations dans le capital des entreprises chargées aux Pays-Bas de la gestion des réseaux électriques et gaziers.

En raisonnant ainsi, la Cour écarte le point de vue original de l'avocat général, qui aurait permis d'excuser l'entrave sans en vérifier la proportionnalité. L'avocat général Jääskinen proposait de distinguer entre les conséquences inhérentes au système de propriété retenu de celles ne découlant pas directement et de manière inévitable du régime de propriété publique ou privé. Seules les secondes devaient selon lui être analysées au regard de la liberté de circulation des capitaux, l'article 345 TFUE emportant pour les secondes un effet d'absolution[7].

Un tel raisonnement rappelle la doctrine des restrictions accessoires en droit de la concurrence. Dans le cadre de l'article 101 TFUE, des restrictions de concurrence qui sont objectivement nécessaires à la réalisation d'un accord en lui-même compatible avec l'article 101(1) TFUE ne tombent pas sous le coup de l'interdiction contenue dans cet article[8]. De manière similaire, l'avocat général considère que, puisque « les restrictions au transfert des parts dans la société sont *nécessaires* pour que les participations dans le bien puissent être achetées et vendues entre les différents sujets qui y sont autorisés, sans faire perdre à ce bien son caractère public (...) », elles sont compatibles avec le droit de l'Union[9].

La Cour n'adopte pas cette théorie des restrictions accessoires et s'en tient à son approche traditionnelle[10] : l'article 345 n'a pas pour effet de soustraire au contrôle de compatibilité avec les libertés de circulation une mesure qui instaure et consolide un régime de propriété publique.

L'entrave étant établie, restait à analyser les justifications avancées. L'affaire présentait à cet égard une particularité : les objectifs poursuivis par le gouvernement des Pays-Bas coïncidaient avec ceux d'une directive.

2 L'entrave peut être justifiée au nom d'objectifs qui coïncident avec ceux d'une directive

L'interdiction de privatisation et les mesures annexes adoptées par le législateur néerlandais poursuivaient des objectifs qui sont aussi ceux de la réglementation sectorielle européenne. Il s'agit de veiller à la transparence des marchés, de prévenir les subventions croisées, de garantir l'approvisionnement stable en électricité et en gaz, et de prévenir d'échanges d'informations confidentielles entre les gestionnaires de réseaux et les entreprises de production et de fourniture. Tous ces objectifs étant poursuivis par les directives 2009/72[11] et 2009/73[12], il aurait été bien étrange de reprocher à un État de prendre des mesures pour les réaliser. Dès lors, la Cour reconnaît très logiquement que les objectifs poursuivis par la réglementation des Pays-Bas sont de nature à justifier des entraves.

Si cette conclusion ne surprend pas, il convient toutefois de s'arrêter à un argument soulevé par les entreprises qui contestaient les mesures antiprivatisation. Celles-ci invoquaient la jurisprudence selon laquelle des motifs purement économiques sont en principe inadmissibles[13]. Elles considéraient que puisque les buts poursuivis par le législateur néerlandais étaient purement économiques, les mesures étaient privées de justifications. Cet argument soulevait la question de savoir si la jurisprudence au terme de laquelle les États membres ne peuvent avancer des motifs purement économiques pour justifier des restrictions aux libertés de circulation est encore d'application dans l'hypothèse où le but poursuivi est prescrit par le droit européen lui-même. Cela semblerait pour le moins curieux, car, dans l'hypothèse d'une directive d'harmonisation minimale, comme en l'espèce, si les États ne pouvaient invoquer les motifs même « purement économiques » prescrits de la directive, ils ne pourraient utiliser la marge de manœuvre que leur laisse en principe ce type de directive.

En ce sens, c'est la notion même de justification « purement économique » qui est embarrassante. La jurisprudence en matière de système de santé l'a du reste déjà montré[14]. Dans ses conclusions, l'avocat général Jääskinen propose de clarifier la notion de motif économique[15]. Selon lui, c'est moins le caractère économique du motif qui doit être déterminant que les visées protectionnistes de l'État membre. La Cour pour sa part ne reprend pas cette analyse. Elle se contente de rappeler que si les motifs d'ordre « purement économiques » ne peuvent justifier des entraves, ceux-ci sont à distinguer des « motifs d'ordre économique

(7) Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen du 16 avril 2013 sous l'arrêt *Essent* (ci-après « Conclusions »), point 42. **(8)** C.J., 28 janvier 1986, *Pronuptia*, C-161/84, *Rec.*, p. 353. **(9)** Conclusions, points 48 et 49, nous soulignons. **(10)** C.J., 6 novembre 1984, *Fearon*, C-182/83, *Rec.*, p. 3677, point 7; C.J., 1er juin 1999, *Konle c. Autriche*, C-302/97, *Rec.*, p. I-3099, point 38; C.J., 23 septembre 2003, *Ospelt* e.a., C-452/01, *Rec.*, p. I-9743, point 24; C.J., 8 juillet 2010, *Commission c. Portugal*, C-171/08, *Rec.*, p. I-6817, point 64; C.J., 21 décembre 2011, *Commission c. Pologne*, C-271/09, non encore publié au *Recueil*, point 44. **(11)** Considérants 4, 9, 11, 15, 25, 26 et 44 de la directive 2009/72 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.U.E.* L 211 du 14 août 2009. **(12)** Considérants 4, 6, 8, 12, 22, 25 et 40 de la directive 2009/73 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, *J.O.U.E.* L 211 du 14 août 2009. **(13)** C.J., 16 janvier 2003, *Commission c. Italie*, C-388/01, *Rec.*, p. I-721, point 22; C.J., 17 mars 2005, *Kranemann*, C-109/04, *Rec.*, p. I-2421, point 34. **(14)** C.J., 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04, *Rec.*, p. I-4325, point 103 et jurisprudence citée, dans laquelle l'équilibre financier des systèmes, quoique de nature économique, est admis comme raison impérieuse d'intérêt général. **(15)** Conclusions, point 95.

poursuivant un objectif d'intérêt général », qui eux, sont admissibles[16]. C'est de cette dernière catégorie que relèvent l'objectif de concurrence non faussée, la sécurité des approvisionnements en énergie et la protection des consommateurs[17]. Au passage, on pourra noter que la poursuite d'une concurrence non faussée est ici considérée comme une justification autonome, conformément à la suggestion de l'avocat général[18].

3 Les difficultés du contrôle de proportionnalité

Quant au contrôle de proportionnalité, la Cour laisse à la juridiction de renvoi le soin d'y procéder. Il nous semble que celle-ci pourra s'appuyer sur de solides arguments de principe en vue de reconnaître la proportionnalité des mesures contestées, et ce bien que ces dernières ne constituent pas une simple restriction à la libre circulation des capitaux, mais bien un obstacle total à l'investissement dans certaines entreprises. En effet, les dispositions en cause visent, comme on l'a dit, à prévenir des conflits d'intérêts. Or, en matière de conflits d'intérêts, l'éclairage des sciences comportementales conduit à penser qu'on n'est jamais trop prudent.

Les études menées tant en éthique comportementale[19] qu'en économie comportementale[20] aboutissent en effet toutes à la conclusion selon laquelle des personnes normalement vertueuses — y compris des cadres dirigeants qui prennent des décisions engageant des entreprises — sous-estiment systématiquement leur capacité à agir de manière impartiale en cas de conflit. Au regard de ces résultats, les mesures auxquelles le droit a souvent recours pour traiter les conflits d'intérêts, comme des obligations de transparence (on songe au domaine de la gouvernance d'entreprise) apparaissent *a priori* insuffisantes. Sans entrer ici dans le détail, on peut retenir des études empiriques menées dans ce domaine une leçon très générale pour le droit : il est si difficile de gérer des conflits d'intérêts, en raison notamment du fait que les personnes concernées croient de bonne foi pouvoir ne pas y succomber, que la meilleure manière de lutter contre leurs effets délétères consiste à empêcher qu'ils apparaissent.

La séparation structurelle radicale entre deux entités qui seraient en conflit si elles étaient réunies est donc *a priori* nécessaire. C'est du reste aussi ce qu'a considéré l'avocat général[21]. Toutefois, une difficulté survient dans le cas où la séparation s'accompagne, comme en l'espèce, d'un régime de propriété publique. En effet, les arguments de principe qui viennent d'être exposés justifient une séparation radicale entre le gestionnaire du réseau et les opérateurs, mais en eux-mêmes ne disent rien de la propriété publique ou privée du gestionnaire. En revanche, du point de vue des libertés de circulation des capitaux, le caractère privé ou public de la propriété du gestionnaire de réseau a une importance : la solution de la nationalisation constitue une entrave absolue, puisqu'elle rend impossible l'investissement privé, tandis que des règles qui auraient poussé la séparation fonctionnelle très loin (plus loin que le minimum prévu par la directive) mais sans prévoir de nationalisation auraient seulement constitué des restrictions à l'investissement.

Une telle différence dans la gravité de l'entrave joue un rôle dans le contrôle de proportionnalité[22]. Une entrave plus forte est en principe moins susceptible d'être excusée qu'une entrave moins forte. La juridiction de renvoi pourrait donc être amenée à se demander si le principe de neutralité du droit de l'Union vis-à-vis du régime de propriété inscrit à l'article 345 impose de neutraliser le degré de gravité de l'entrave au stade du contrôle de proportionnalité.

Conclusion

Au terme de sa première analyse d'une mesure antiprivatisation au regard de la libre circulation des capitaux et de l'article 345 TFUE, la Cour n'exclut donc pas sa compatibilité avec le droit de l'Union.

La Cour adopte dans l'arrêt *Essent* une position de neutralité vis-à-vis des législations nationales interdisant de manière absolue les privatisations de gestionnaires de réseaux. La défense de leur législation par les États membres semble s'en trouver allégée, puisqu'il suffit que la justification de l'entrave invoquée par l'État membre coïncide avec les objectifs des directives 2009/72 ou 2009/73 pour satisfaire la Cour sur l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général. La partie la plus délicate de l'appréciation tient comme souvent au test de proportionnalité. Selon nous, le fait que l'objectif ultime de la nationalisation réside dans la prévention des conflits d'intérêts est un argument fort pour justifier la nécessité des mesures en cause, car il est très difficile d'éviter les périls de tels conflits par des mesures autres que drastiques.



(16) Point 52 de l'arrêt rapporté. (17) Points 55 à 59 de l'arrêt rapporté. (18) Conclusions, point 98. (19) M. Bazerman et A. Tenbrunsel, *Blind Spots : Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2012. (20) D. Ariely, *The Honest Truth About Dishonesty : How We Lie to Everyone - Especially Ourselves*, HarperCollins, 2012. (21) Conclusions, point 53. (22) Voy. sur ce point M. Fallon et D. Gérard, « Trailing the trailers in search for a typology of barriers : sketching a scale of relative gravity and exploring its implications », *R.E.D.C.*, 2012, pp. 2, 9 et 11.