

Dr. Fernando Gascón Inchausti

Profesor Titular, Universidad Complutense de Madrid

Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid: arrêt du 21 mars 2006. Tribunal Supremo (Chambre pour les affaires administratives): arrêt du 28 avril 2006.

Le 5 septembre 2005 le marché énergétique espagnol a été secoué par une importante nouvelle: la société «Gas Natural», avec l'appui indirect de la société «Iberdrola» (dédiées toutes deux au gaz et à l'électricité), a lancé une offre publique d'achat contre la société «Endesa», la plus grande entreprise du secteur en Espagne.

Dès le début l'O.P.A. a eu un caractère hostile, ayant été refusée frontalement par la direction d'Endesa. Le secteur d'activité des entreprises affectées a attribué à l'opération des effets en dehors de ce qui serait habituel: à côté des questions strictement commerciales (réussir que les actionistes d'Endesa soient intéressés à vendre leurs actions à Gas Natural), il fallait tenir compte des conséquences sur la libre concurrence dans un marché avec très peu de protagonistes et qui est encore fortement réglé par l'État. À cause de cela, l'O.P.A. devait recevoir l'approbation du Conseil de Ministres, avec des consultations préalables à certaines institutions publiques (la Commission Nationale de l'Énergie et le Tribunal pour la Défense de la Concurrence). Le Gouvernement a finalement octroyé l'autorisation le 3 février 2006, en imposant certaines conditions. Il faut dire que toute l'opération a fait l'objet d'un important débat politique qui s'est accru lorsque, peu après l'autorisation gouvernementale, l'entreprise allemande du secteur «E.On» a formulé une offre qui améliorerait sensiblement celle de Gas Natural.

La résistance d'Endesa ha comporté la juridictionnalisation de l'affaire. Deux fronts judiciaires ont été ouverts, pour l'instant sur le plan des mesures provisoires, à cause du besoin d'une réponse rapide. Le noyau juridique, en tout cas, est intégré par des normes de droit communautaire.

D'abord, Endesa a assigné Gas Natural e Iberdrola devant le *Juzgado de lo Mercantil* (= tribunal de commerce) de Madrid, soutenant contre eux une action en application de l'article 81 T.C.E. Dans sa demande, Endesa affirme l'existence d'un accord collusoire entre Gas Natural e Iberdrola, qui aurait pour but de l'expulser du marché: les instruments pour exécuter cet accord seraient l'O.P.A. elle-même et le contrat signé entre les défendeurs (selon lequel Gas Natural vendait à Iberdrola certains actifs, ce qui rendait possible l'opération du point de vue financier et structurel). Avec cette demande d'annulation de l'accord collusoire, Endesa présente au juge une requête de mesures provisoires, pour

* *GPR-Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatright-European Community Private Law Review-Revue de droit privé communautaire*, 2006, n° 3, pp. 114-115.

obtenir, pendant le cours de l'instance au principal, la suspension du déroulement de l'O.P.A. et de l'exécution du contrat. Le centre des débats dans la procédure pour accorder les mesures provisoires a été justement si l'article 81 T.C.E. est d'application en l'espèce.

Premièrement, il a été soutenu que l'article fait référence seulement aux opérations ayant une dimension supranationale et produisant des effets significatifs dans plusieurs États de l'Union Européenne. Le juge, cependant, a considéré suffisant que les effets des actes contraires aux règles de la libre concurrence se projettent sur le marché intérieur d'un seul État: pour appliquer l'article 81 T.C.E. il suffit donc de dénoncer un acte qui puisse constituer une des pratiques qu'il mentionne.

D'autre part, les défendeurs ont aussi refusé l'application des règles protectrices de la concurrence (y compris l'article 81 T.C.E.) aux procédures de concentration d'entreprises. Le motif a été aussi rejeté par le juge: à son avis, si une O.P.A. est l'instrument pour l'exécution d'un accord collusoire, contraire à la concurrence, on peut se servir de l'article 81 T.C.E. comme titre juridique pour s'y opposer.

Ces arguments, liés à l'appréciation du danger qu'il ne se produise des conséquences irréparables si l'O.P.A. se déroule normalement pendant l'instance, ont conduit le juge à octroyer la mesure provisoire requise: il a accordé la suspension du déroulement de l'O.P.A., subordonnée à que le demandeur verse une caution d'un milliard d'euros (5% de la valeur estimée de l'opération).

La deuxième action judiciaire a été la contestation en justice de la décision du Conseil de Ministres qui a autorisé l'OPA (bien que sous certaines conditions). La demande en annulation de la décision gouvernementale a été présentée devant la Chambre pour les affaires administratives du *Tribunal Supremo* (= cour de cassation) et elle a été également accompagnée d'une requête, comme mesure provisoire, de suspension de la décision contestée. Les réglementations européennes en matière d'énergie et de concurrence ont fait à nouveau l'objet des débats juridiques dans la procédure de mesures provisoires. La cour a considéré elle aussi qu'il y avait un danger certain pour la libre concurrence et pour les intérêts des consommateurs, et a ordonné, pendant le déroulement de l'instance, la suspension de la décision du Conseil de Ministres (subordonnée encore à une caution d'un milliard d'euros, bien que la cour a considéré suffisante la somme versée devant le tribunal de commerce).

Dans les deux cas, les règles communautaires en matière de défense de la concurrence ont servi à fonder d'une manière directe et effective des demandes de mesures provisoires dans une situation de concentration hostile d'entreprises. Les conséquences de ces arrêts sur des affaires pareilles dans le futur sont à attendre.