DÉCISIONS

DÉCISION D'EXÉCUTION DE LA COMMISSION

du 20 mai 2011

établissant que l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ne s'applique pas à l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque

[notifiée sous le numéro C(2011) 3406]

(Le texte en langue tchèque est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2011/306/UE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux [1], et notamment son article 30, paragraphes 4 et 6,

considérant ce qui suit:

I. LES FAITS

(1) Le 22 novembre 2010, la Commission a reçu par courrier électronique de la République tchèque, en application de l'article 30, paragraphe 4, de la directive 2004/17/CE, une demande de dérogation aux dispositions de la directive 2004/17/CE pour l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque. La Commission a sollicité, par courrier électronique du 21 janvier 2011, des informations supplémentaires. La réponse à cette demande d'information a été transmise par les autorités tchèques par courrier électronique du 9 février 2011.

(2) La demande était accompagnée d'une lettre de l'autorité nationale indépendante (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, l'office tchèque de protection de la concurrence) sous forme d'un avis préliminaire, en date du 7 novembre 2008. L'office tchèque pour la protection de la concurrence analyse les conditions d'accès au marché concerné, qu'il juge être sans restriction. L'avis n'indique pas toutefois que les autres conditions liées à l'exposition directe à la concurrence sont remplies dans le cas de l'extraction de charbon bitumineux dans la République tchèque.

(3) La seule entité exerçant une activité d'extraction de charbon bitumineux en République tchèque est la société OKD a.s., une entreprise privée détenue à 100 % par une holding néerlandaise, la New World Resources (NWR).

II. CADRE JURIDIQUE

(4) L'article 30 de la directive 2004/17/CE prévoit que les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée par la directive ne sont pas soumis à ladite directive si, dans l'État membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. L'exposition directe à la concurrence est évaluée sur la base de critères objectifs, en tenant compte des caractéristiques spécifiques du secteur concerné. L'accès au marché est réputé non limité si l'État membre a mis en œuvre et appliqué les dispositions pertinentes de la législation de l'Union européenne concernant l'ouverture totale ou partielle du secteur en cause. Les différents actes concernés sont énumérés à l'annexe XI de la directive 2004/17/CE. Toutefois, en ce qui concerne l'exploration et l'extraction du charbon et d'autres combustibles solides, l'annexe XI n'indique aucun acte portant libéralisation de ce secteur. Par conséquent, l'accès à ce marché ne peut être réputé libre; cela doit être démontré en fait ou en droit.

(5) Un examen des dispositions légales applicables à la délivrance de permis d'exploitation minière en République tchèque montre que ces permis sont actuellement octroyés sur une base non discriminatoire, sur la base de l'évaluation de la qualification professionnelle du candidat ainsi que de sa capacité technique et financière à réaliser les travaux. Aux fins de la présente décision, la possibilité d'obtenir un permis d'exploitation minière a pu être considérée, en droit, comme libre.

(6) L'exposition directe à la concurrence doit être évaluée sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est déterminant en soi. Eu égard aux marchés concernés par la

[1] JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

présente décision, les parts de marché agrégées des trois principaux acteurs sur un marché donné constituent un critère à prendre en considération ([2]), la concentration sur ces marchés en étant un autre. Étant donné les caractéristiques des marchés concernés, d'autres critères sont à prendre en compte, notamment la fréquence du changement de fournisseur.

(7) La présente décision est sans préjudice de l'application des règles de concurrence.

III. ÉVALUATION

(8) La demande présentée par la République tchèque concerne l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque.

Définition du marché

Marché de produit

(9) La demande tchèque porte sur ce que l'on appelle le «marché primaire du charbon bitumineux» et qui englobe la production de charbon bitumineux et la distribution en gros de charbon ([3]). Lorsqu'on analyse la concurrence sur le marché de la production du charbon bitumineux, il faut tenir compte des liens entre production et première vente/distribution en gros du charbon bitumineux extrait. Cette définition est également conforme aux décisions antérieures de la Commission ([4]) concernant l'exploitation d'autres types de combustibles.

(10) Le charbon bitumineux extrait présente une composition chimique et une qualité qui varient en fonction des conditions géologiques de la veine exploitée. Le charbon bitumineux peut être subdivisé en charbon à coke et en charbon vapeur. Bien que les deux types de charbon bitumineux soient extraits de la même manière, avec les mêmes technologies, ils correspondent à des utilisations finales et à une clientèle complètement différente. Les prix sont différents et les produits ne sont pas interchangeables.

(11) Le charbon à coke est un charbon bitumineux dont la qualité permet la production de coke pour hauts-fourneaux, qui n'est pas utilisé pour le chauffage direct ni la production d'électricité. Le charbon à coke est vendu uniquement à des sociétés produisant du coke. Le charbon à coke est l'unique matière première des cokeries; il n'existe en fait aucune autre application pour ce produit. Le charbon à coke ne peut être remplacé par du charbon vapeur.

(12) Le charbon vapeur ne peut servir pour la fabrication du coke. Il est utilisé dans les centrales électriques comme combustible pour la production d'électricité, de chaleur et de vapeur industrielle, ainsi que dans le cadre des processus de production de sucre raffiné, de briques, de ciment, de chaux, de papier, etc. Le charbon vapeur peut être remplacé par du charbon à coke, mais cette substitution n'est pas économiquement viable.

(13) Le charbon à coke se subdivise lui-même en quelques catégories correspondant à des qualités différentes. Le charbon à coke de la meilleure qualité est dit «dur», puis viennent le «semi-dur» et le «semi-mou». Toutefois, le marché des différentes qualités de charbon à coke n'étant pas segmenté, il ne sera pas fait de distinction aux fins de l'évaluation pour la présente décision.

(14) Au vu de ce qui précède, et suivant la demande, aux fins de l'évaluation des conditions fixées à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE, le charbon à coke et le charbon vapeur sont considérés comme constituant deux marchés de produit différents et doivent donc être examinés séparément.

Marché géographique

(15) Dans sa demande, la République tchèque soutient que le marché géographique pertinent serait un marché dépassant le territoire national et comprendrait les territoires de la République tchèque, de la Slovaquie, de l'Autriche, de la Pologne et de la Hongrie pour le charbon à coke. Dans le cas du charbon vapeur, la République tchèque considère que le marché géographique pertinent comprend son propre territoire et ceux de la Slovaquie, de l'Autriche, de la Pologne, de la Hongrie et de l'Allemagne. La raison principale invoquée à l'appui de cette délimitation du marché est l'importante offre mutuelle transfrontalière, les changements de fournisseur et l'absence d'obstacles administratifs (douanes, contingents, etc.).

(16) Aux termes de sa demande ([5]), la République tchèque est exportateur net aussi bien de charbon à coke que de charbon vapeur. En 2009, la République tchèque a exporté 3 581 000 tonnes de charbon à coke et 2 389 000 tonnes de charbon vapeur ([6]), ce qui représente respectivement 61 % et 47 % de la production intérieure. La même année, les importations en République tchèque représentaient 771 000 tonnes de charbon à coke et 954 000 tonnes de charbon vapeur, soit respectivement 13 % et 19 % de la production intérieure ([7]); ces importations provenaient essentiellement de Pologne. En fait, les importations de Pologne représentaient environ 90 % du total pour le charbon à coke et 80 % pour le charbon vapeur.

([2]) Conformément à la pratique constante de la Commission [voir la décision 2009/47/CE de la Commission (JO L 19 du 23.1.2009, p. 57); la décision 2010/192/UE de la Commission (JO L 84 du 31.3.2010, p. 52), etc.].

([3]) Voir page 21 de la demande: « […] il n'existe pas de marché de l'extraction de charbon bitumineux, le marché ne peut être conceptuellement défini que dans la phase suivante, lorsque les producteurs mettent en vente le charbon extrait».

([4]) Voir notamment la décision de la Commission du 29 septembre 1999 déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (affaire IV/M.1532, BP Amoco/Arco, point 14).

([5]) Voir le tableau 2 à la page 39 de la demande.

([6]) Commission européenne, direction générale de l'énergie et des transports, Observatoire du marché du charbon et du pétrole — offres et demandes de combustibles solides en 2009 en République tchèque.

([7]) Voir la note 5 de bas de page.

(17) Bien que le demandeur indique que le charbon produit par OKD en République tchèque (qu'il s'agisse de charbon à coke ou de charbon vapeur) est compétitif dans un rayon de 500 km, on observe que les clients d'OKD se situent dans un rayon d'environ 350 km du lieu de production, Ostrava.

(18) En ce qui concerne les ventes de charbon à coke, OKD a un gros client en Slovaquie, qui lui a acheté 26 % de sa production en 2007 et 30 % en 2009, et un autre gros client en Autriche, qui lui a acheté 13 % de sa production en 2007 et 19 % en 2009. Le demandeur énumère également parmi ses principaux clients en dehors de la République tchèque une société en Pologne, mais les achats de celle-ci ne représentent que 8 % de la production d'OKD.

(19) En ce qui concerne les ventes de charbon vapeur, hormis les clients tchèques, OKD indique un client important en Autriche, qui représentait environ 12 % de ses ventes en 2007 et 21 % en 2009, et un client en Allemagne qui représentait environ 5 % des ventes en 2007 et 3 % en 2009.

(20) Selon la demande, les «trois plus gros concurrents sont très concentrés» ([8]), et c'est en effet ce qui peut être observé sur tous les marchés nationaux pris séparément, tant pour le charbon vapeur que pour le charbon à coke. Le demandeur reconnaît également que «une écrasante proportion du charbon extrait est consommé sur le marché local» ([9]), ce qui est confirmé dans tous les pays de la zone géographique considérée dans la demande et qui produisent du charbon bitumineux (République tchèque, Pologne, Allemagne).

(21) Selon la communication de la Commission sur la définition du marché en cause ([10]), le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable. On peut donc noter que les régions littorales d'Europe centrale (en particulier le nord de l'Allemagne et de la Pologne) sont exposées à des importations de charbon par mer et que, étant donné que les prix du transport par mer sont très inférieurs à ceux du transport terrestre, les conditions de concurrence peuvent être très différentes dans ces zones ([11]).

(22) La demande mentionne qu'un facteur important pour la fixation du prix du charbon est la stabilité et la sécurité d'approvisionnement ainsi que la durée du contrat ([12]), et que les contrats d'approvisionnement en charbon, qu'il s'agisse de charbon vapeur ou de charbon à coke, sont généralement de longue durée.

([8]) Voir la demande, p. 23, paragraphe 6.
([9]) Voir la demande, p. 23, paragraphe 6.
([10]) Voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).
([11]) Voir la demande, p. 14, paragraphe 4.
([12]) Voir la demande, p. 8, paragraphe 3.

(23) Les clients pour le charbon bitumineux en République tchèque achètent leur charbon à OKD ou, en quantités limitées, à des sociétés polonaises. Les importations en provenance d'autres pays, bien que croissantes, restent plutôt négligeables à ce jour ([13]).

(24) À la lumière des facteurs précités, aux fins de l'évaluation des conditions fixées à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE, le marché géographique est considéré comme circonscrit au territoire de la République tchèque et de la Pologne, tant pour le charbon vapeur que pour le charbon à coke. En raison des différences susmentionnées entre les régions qui peuvent être facilement approvisionnées en charbon par voie maritime et celles qui pourraient être situées à trop grande distance de la mer, il serait même possible de restreindre le marché à la République tchèque et au sud de la Pologne. La question peut cependant être laissée ouverte, car la définition la plus large du marché en cause est la plus favorable au demandeur. Le résultat de l'analyse reste le même avec l'une et l'autre définitions.

Analyse du marché

(25) Il est considéré, en ce qui concerne la production de charbon bitumineux, que la part de marché totale des trois plus gros producteurs est un indicateur de l'intensité de la concurrence sur les marchés nationaux.

Marché du charbon à coke

(26) OKD et deux fournisseurs polonais de charbon à coke sont de loin les plus importants fournisseurs sur le marché géographique en cause. OKD est le plus important fournisseur de charbon à coke en République tchèque (75,5 % de part de marché en République tchèque en 2008). Les deux fournisseurs polonais de charbon à coke sont les deux plus gros fournisseurs en Pologne également (60,2 % et 19,3 % de parts de marché en Pologne en 2008). Sur le marché géographique englobant la République tchèque et la Pologne, la part de marché agrégée des trois plus gros producteurs en 2008 était d'environ 93 %. Il faut noter également que le principal concurrent d'OKD détient à lui seul 49 % du marché environ.

(27) Même si l'on considère un marché plus grand comprenant la République tchèque, la Slovaquie, l'Autriche, la Pologne et la Hongrie, comme le juge approprié le demandeur, les parts de marché agrégées des trois principaux concurrents restent très élevées [91,3 % en 2005, 87,7 % en 2006, 85 % en 2007 et 86,6 % en 2008 ([14])] et ne sauraient indiquer une exposition suffisante à la concurrence sur le marché du charbon à coke.

([13]) En 2009, les importations de charbon à coke en provenance des États-Unis représentaient environ 1 % de la consommation, et les importations de charbon vapeur en provenance de Russie représentaient environ 6 % de la consommation. En 2010, selon des données encore provisoires communiquées par le demandeur dans une lettre du 9 février 2011, la part des importations de charbon à coke en provenance des États-Unis a atteint 3 % de la consommation, et celle des importations de charbon vapeur en provenance de Russie, 12 % de la consommation intérieure.
([14]) Voir le tableau à la page 58 de la demande.

(28) Comme rappelé dans le considérant 22, la sécurité et la stabilité de l'approvisionnement jouent un rôle important dans les relations contractuelles. Les informations fournies par le demandeur sur les changements de fournisseur pour le charbon à coke indiquent qu'il n'y a pratiquement aucun changement pour ce produit. Les contrats de fourniture de charbon à coke sont des contrats à long terme, et il n'a pas été fourni de preuve qu'un client d'OKD soit passé à d'autres fournisseurs. Il ne peut par conséquent être supposé qu'un client pour le charbon à coke serait désireux, ou même tout simplement en mesure, de changer facilement de fournisseur en cas d'augmentation faible mais significative de son prix par OKD.

Marché du charbon vapeur

(29) OKD et deux fournisseurs polonais de charbon vapeur sont de loin les plus importants fournisseurs sur le marché géographique en cause. OKD est le plus important fournisseur de charbon vapeur en République tchèque (61,6 % de part de marché en République tchèque en 2008). Les deux fournisseurs polonais de charbon vapeur sont les deux plus gros fournisseurs en Pologne également (52,5 % et 17,7 % de parts de marché en Pologne en 2008). Sur le marché géographique englobant la République tchèque et la Pologne, la part de marché agrégée des trois plus gros producteurs en 2008 était d'environ 72 %. Il faut noter également que le plus gros concurrent d'OKD détenait à lui seul 50 % environ du marché géographique, qui englobe la République tchèque et la Pologne.

(30) En outre, sur chacun des trois marchés géographiques pour le charbon vapeur mentionnés au considérant 29 (République tchèque seule, Pologne seule et un marché géographique comprenant ces deux pays), il existe un opérateur économique qui détient à lui seul une part de marché d'environ 50 % ou plus. Il faut donc rappeler dans ce contexte une jurisprudence constante ([15]) en vertu de laquelle «des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante. Tel est le cas d'une part de marché de 50 %».

(31) Même en prenant en considération un marché plus grand que le marché national, comprenant la République tchèque, la Slovaquie, l'Autriche, la Pologne, la Hongrie et l'Allemagne, comme le juge approprié le demandeur, les parts de marché agrégées des trois principaux concurrents demeurent plutôt élevées [62,7 % en 2005, 60,2 % en 2006, 56,9 % en 2007 et 57,3 % en 2008 ([16])].

(32) Comme dans le cas du charbon à coke, la sécurité et la stabilité de l'approvisionnement en charbon vapeur jouent un rôle important dans les relations contractuelles. Les informations fournies par le demandeur sur les changements de fournisseur dénotent qu'un certain nombre de clients d'OKD pour le charbon vapeur interrompent, certaines années, leurs approvisionnements auprès d'OKD, ou que certains contrats d'un an ou au comptant n'ont jamais été renouvelés. Cependant, étant donné que le demandeur n'a pas, contrairement aux exigences, fourni d'informations sur les volumes d'approvisionnement concernés ni sur leur part dans la production d'OKD, il serait difficile de conclure qu'un client d'OKD changerait facilement de fournisseur à la suite d'une augmentation faible mais significative du prix par OKD.

IV. **CONCLUSIONS**

(33) En ce qui concerne l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque, la situation peut donc se résumer de la manière suivante: en ce qui concerne aussi bien le charbon vapeur que le charbon à coke, les parts de marché agrégées des trois principaux concurrents sur le marché défini aux fins de la présente décision sont élevées, et surtout, le plus gros producteur représente à lui seul une part de près de 50 % du marché; les marchés doivent donc être considérés comme très concentrés et, comme le rappelle le considérant 20, une écrasante proportion du charbon extrait est consommée sur le marché local. Les informations sur la fréquence des changements de fournisseur ne portent pas à conclure qu'un client pour le charbon bitumineux aurait la volonté ou la possibilité de passer facilement à un autre fournisseur en cas de hausse de prix faible mais significative.

(34) Le demandeur a également reconnu que l'extraction de charbon bitumineux n'étant pas rentable sur d'autres sites que ceux déjà exploités (notamment ceux exploités par OKD), l'accès d'une autre entité au marché tchèque n'est pas une éventualité réaliste et n'a pas été observé au cours des cinq dernières années ([17]). Cela vaut également dans le domaine de l'approvisionnement en charbon, où le demandeur indique qu'il n'a pas connaissance d'entrée significative sur le marché tchèque, et où la plupart des gros clients ont conclu des contrats à long terme ([18]).

(35) Au vu des facteurs examinés dans les considérants 8 à 34, il convient de conclure que le marché de l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque, tant pour le charbon vapeur que pour le charbon à coke, ne remplit pas actuellement la condition d'exposition directe à la concurrence. L'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE ne s'applique donc pas aux contrats destinés à permettre la poursuite de ces activités en République tchèque. En conséquence, la directive 2004/17/CE continue de s'appliquer lorsque des pouvoirs adjudicateurs attribuent des marchés destinés à assurer l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque ou lorsqu'ils organisent des concours en vue de l'exercice de telles activités en République tchèque.

([15]) Voir le point 328 de l'arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 28 février 2002, Atlantic Container Line AB et autres/Commission des Communautés européennes, affaire T-395/94, Recueil de la jurisprudence de la Cour, 2002, p. II-00875.

([16]) Voir le tableau à la page 59 de la demande.

([17]) Voir le paragraphe 5, p. 62, de la demande.

([18]) Voir le paragraphe 6, p. 62, de la demande.

(36) La présente décision est fondée sur la situation juridique et factuelle de novembre 2010 à mars 2011, telle qu'elle ressort des informations transmises par la République tchèque. Elle pourra être révisée si, par suite de changements significatifs dans la situation juridique ou dans les faits, les conditions d'applicabilité de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE sont remplies.

(37) Les mesures énoncées dans la présente décision sont conformes à l'avis du comité consultatif en matière de marchés publics,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'article 30, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE ne s'applique pas à l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque. Par conséquent, la directive 2004/17/CE continue de s'appliquer aux marchés attribués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de l'exercice de ces activités en République tchèque.

Article 2

La République tchèque est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 20 mai 2011.

Par la Commission

Michel BARNIER

Membre de la Commission