

Recueil Dalloz 2023 p.1508

De l'articulation du contrôle *ex ante* des concentrations et de la sanction *ex post* des pratiques anticoncurrentielles

Lucas Bettoni, Maître de conférences à l'Université Toulouse Capitole, Centre de droit des affaires (EA780), Institut National Universitaire J.-F. Champollion

Une concentration d'entreprises réalisée sans contrôle préventif peut-elle être appréhendée au titre de l'interdiction de l'abus de position dominante ? Voici en creux la question préjudicielle examinée par la Cour de justice dans cette décision qui fera date, tant les enjeux pratiques qui y sont attachés sont majeurs. En effet, l'interrogation est en lien avec une des préoccupations des autorités de concurrence qui s'inquiètent de la montée en puissance, ces dernières années, du phénomène des acquisitions prédatrices (ou *killer acquisitions*), par lesquelles des entreprises établies et puissantes prennent le contrôle d'entreprises émergentes en vue de les éliminer de la concurrence et de renforcer leur position sur le marché ⁽¹⁾. Or la taille des entreprises cibles rend le franchissement des seuils de contrôle difficile, plaçant alors les entreprises acquéreuses à l'abri du droit de la concurrence ⁽²⁾.

La présente décision préjudicielle trouve son origine dans un cas typique de *killer acquisition*. Détentrice d'un monopole d'État jusqu'à la libéralisation du marché de la télédiffusion hertzienne en 2005, l'entreprise TDF a progressivement racheté chacun de ses concurrents, au point qu'après la prise de contrôle du groupe Itas en 2016, il ne subsistait qu'un rival sur le marché, l'entreprise Towercast. Précisons que toutes ces opérations se situaient en dessous des seuils de chiffres d'affaires communautaires ou même nationaux et, partant, ne furent pas notifiées aux autorités de concurrence au titre de la procédure d'autorisation. Estimant que le rachat d'Itas avait entravé la concurrence sur les marchés de gros amont et aval de la diffusion des services de TNT en renforçant significativement la position dominante de TDF sur ces marchés, Towercast a déposé une plainte auprès de l'Autorité française de la concurrence pour violation de l'article 102 TFUE. Au soutien de sa prétention, l'entreprise plaignante invoquait l'ancien arrêt *Continental Can*, célèbre pour avoir activé la prohibition de l'abus de position dominante dans un contexte de concentration d'entreprises ⁽³⁾. Par décision du 16 janvier 2020, l'autorité a cependant rejeté le grief d'abus de position dominante au motif que l'existence d'un régime spécifique de contrôle des concentrations, d'application exclusive, rendait cette jurisprudence obsolète et bloquait toute mise en oeuvre de l'article 102. Saisie du recours formé par Towercast, la cour d'appel de Paris considère cependant qu'un doute subsiste quant à l'interprétation à donner aux dispositions du règlement CE 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations ⁽⁴⁾, en particulier au principe d'exclusivité visé à son article 21. C'est pourquoi elle décide, par arrêt du 1^{er} juillet 2021, de surseoir à statuer en soumettant à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : une autorité nationale de concurrence peut-elle contrôler sur le fondement de l'article 102 TFUE une concentration réalisée par une entreprise en position dominante, lorsque cette opération reste en deçà des seuils de notification prévus par le règlement CE 139/2004 et par le droit national ?

Le juge européen désapprouve le régulateur français de la concurrence en considérant que le contrôle *ex ante* mis en place n'exclut pas tout contrôle *ex post* des concentrations. En effet, une opération située sous les seuils doit pouvoir faire l'objet d'un examen par les autorités nationales de concurrence et leurs juridictions de contrôle au titre de l'effet direct de l'interdiction de l'abus de position dominante prévue par le droit de l'Union, en recourant, pour ce faire, à leurs propres règles procédurales. Lors d'un tel contrôle ultérieur, il appartient à l'autorité ou la juridiction saisie de vérifier si l'acquéreur

qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ce marché. Ce faisant, la Cour de justice ressuscite sa jurisprudence *Continental Can* en consacrant, pour la première fois depuis l'instauration du contrôle préventif, l'applicabilité directe de l'article 102 TFUE aux concentrations d'entreprises (I), sans oublier d'indiquer aux autorités nationales de concurrence la marche à suivre pour mettre en oeuvre cette disposition dans le contexte d'une telle opération (II).

I - L'applicabilité de l'article 102 TFUE aux concentrations

En dépit de l'exclusivité des règles sur les concentrations consacrée par le règlement CE 139/2004, la Cour de justice affirme le principe d'applicabilité directe du droit de l'abus de position dominante aux concentrations d'entreprises (A). Désireux toutefois de donner priorité au contrôle *ex ante*, le juge européen confère à ce principe une portée limitée (B).

A - Une applicabilité admise dans son principe

Le contrôle des concentrations est plus récent que la sanction des agissements anticoncurrentiels. À l'origine, les rédacteurs du Traité de Rome se contentèrent de réprimer les abus de domination. Bien plus tard, lorsque l'instauration d'un examen préventif s'est imposée aux instances européennes, la voie réglementaire fut préférée à la procédure, plus lourde, de révision du traité. Dès lors, la question de l'articulation des deux contrôles, l'un préalable et tourné vers les structures, l'autre ultérieur et portant sur les comportements, pouvait légitimement se poser : institué par le règlement CEE 4064/89 du 21 décembre 1989⁽⁵⁾ puis repris par le règlement CE 139/2004 précité, le régime spécifique de contrôle *ex ante* excluait-il l'examen *ex post* au titre des pratiques anticoncurrentielles ?

Pour l'autorité française de la concurrence et l'opérateur mis en cause, la réponse à cette question doit être positive. Après tout, l'article 21 du règlement CE 139/2004 est en ce sens, son paragraphe 1 énonçant, en effet, que le contrôle *ex ante* « est seul applicable aux concentrations telles que définies à l'article 3 », lequel retient une définition matérielle de la concentration sans référence à des seuils de chiffres d'affaires.

La Cour de justice n'est cependant pas de cet avis. Faisant primer l'esprit sur la lettre, celle-ci fait valoir que la règle litigieuse doit s'interpréter à la lumière des autres dispositions du règlement CE 139/2004. Il y a, d'abord, le considérant 7, suivant lequel « [l]es articles [101] et [102 TFUE], tout en étant applicables, (...) ne suffisent pas pour contrôler toutes les opérations qui risquent de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussé visé par le traité ». La règle d'exclusion posée à l'article 21 ne vise donc pas les principes d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles du traité, mais seulement les règlements d'exécution pris en ce domaine. Il y a, ensuite, le considérant 9 et l'article 1^{er}, d'où il ressort nettement que le contrôle préalable des concentrations est réservé aux opérations revêtant une dimension communautaire. En conséquence, un contrôle ultérieur des opérations n'atteignant pas les seuils de l'article 1^{er} reste envisageable.

Cette interprétation de l'article 21 mérite une entière approbation, tant sur le plan du droit que de l'opportunité.

En premier lieu, la solution est logique du point de vue de la hiérarchie des normes. Une règle de droit dérivé ne peut, en effet, limiter l'applicabilité directe d'une règle de droit primaire. Comme l'a déjà indiqué la cour, le règlement sur les concentrations vise également à mettre en oeuvre les articles 101 et 102 et fait partie d'un ensemble législatif visant à établir un système de contrôle garantissant une concurrence libre et non faussée dans le marché intérieur de l'Union⁽⁶⁾. En tant que règle d'exécution, le règlement sur les concentrations ne peut modifier, et encore moins limiter, le champ d'application de ces normes de référence.

En second lieu, la solution a le mérite de combler un vide dans l'appréhension des rapprochements d'entreprises. L'applicabilité de l'article 102 TFUE permet, en effet, de soumettre au contrôle des autorités nationales de concurrence les petites concentrations stratégiques, par lesquelles des acteurs majeurs du numérique ou encore de l'industrie médicale et pharmaceutique rachètent des entreprises prometteuses et innovantes qui ne génèrent encore que des chiffres d'affaires limités afin de tuer dans l'oeuf une concurrence potentielle future. Les seuils de notification exprimés en chiffres d'affaires qui sont posés par le droit des concentrations ne sont pas atteints. L'activation du contrôle répressif *ex post* constitue alors un levier d'intervention possible des autorités pour traiter de cette problématique.

B - Une applicabilité limitée dans sa portée

En présence d'une concentration d'entreprises, la Cour entend néanmoins cantonner le principe d'applicabilité de l'article 102 TFUE à un rôle subsidiaire. Selon elle, en effet, la protection offerte par le droit de l'Union contre les entraves à la concurrence éventuellement induites par les concentrations doit, pour des raisons de sécurité juridique, aller dans le sens d'une application prioritaire du mécanisme de contrôle préalable institué par le règlement CE 139/2004.

Cela revient à faire prévaloir la maxime *lex specialis derogat legi generali* sur *lex superior derogat legi inferiori*, ce qui ne va pas de soi du point de vue de la théorie générale du droit. En effet, comme l'explique une spécialiste des règles de conflit de normes, lorsque le critère hiérarchique et le critère de spécialité sont en opposition (hypothèse où le concours oppose une norme commune de rang supérieur à une norme spéciale hiérarchiquement inférieure), le conflit doit se résoudre en faveur du premier car aucune dérogation ne peut être apportée à la norme édictée par l'organe hiérarchiquement supérieur, si ce n'est pas un organe de même autorité, ou d'une autorité supérieure ⁽⁷⁾. En bonne logique, la règle spéciale hiérarchiquement inférieure, ici l'exclusivité du contrôle *ex ante* des concentrations prévue par le règlement, devrait fléchir devant la règle générale de rang supérieur, en l'occurrence la prohibition des comportements anticoncurrentiels posée par le traité.

Nonobstant la primauté du droit primaire sur le droit dérivé, l'impératif de sécurité juridique, élevé au rang de principe général en droit de l'Union ⁽⁸⁾, commande l'attribution prioritaire du contrôle des concentrations au régime spécial du règlement CE 139/2004. S'il s'agit d'être prudent dans l'interprétation à donner à une expression (« application prioritaire ») dont la signification n'est nullement explicitée, il y a lieu de penser que le juge européen entend par là exclure la possibilité d'un double contrôle, parallèle ou successif, d'une même concentration. Ainsi, les entreprises participantes, qui auraient notifié leur concentration et obtenu de l'autorité saisie une autorisation après examen de la compatibilité du projet avec le marché intérieur, ne pourraient plus être inquiétées sur le terrain des pratiques anticoncurrentielles, sauf à identifier des comportements supplémentaires susceptibles de remplir les conditions des articles 101 ou 102. Même si la question préjudicielle était circonscrite à l'hypothèse d'une concentration n'atteignant pas les seuils du contrôle *ex ante*, on peut regretter que la décision n'ait pas envisagé le cas de figure inverse, loin d'être marginal en pratique. C'est d'autant plus dommage que l'avocate générale, M^{me} J. Kokott, avait pris ouvertement position dans ses conclusions contre le risque de double contrôle de la concentration, en avançant déjà l'argument de la sécurité juridique des destinataires des règles ⁽⁹⁾.

Une concentration n'atteignant pas les seuils de contrôle *ex ante* prévus par le règlement CE 139/2004 et par le droit national pourra donc être soumise à un examen *ex post* par le truchement de l'article 102 TFUE. Les modalités d'application de ce texte n'en demeurent pas moins spécifiques eu égard à la nature de l'opération examinée.

II - L'application de l'article 102 TFUE dans le contexte d'une opération de concentration

La Cour de justice fixe aux autorités nationales de concurrence un cadre pour la réalisation du contrôle *ex post* d'une concentration de dimension non communautaire. Reprenant les termes de son ancienne jurisprudence *Continental Can*, la Cour de justice subordonne, d'abord, la preuve de l'abus de position dominante à la démonstration d'une double exigence (A). Elle précise, ensuite, que les autorités doivent recourir à leurs propres règles procédurales pour réprimer un tel agissement anticoncurrentiel (B).

A - La caractérisation de l'abus de position dominante

Si l'article 102 TFUE énumère un certain nombre d'abus interdits (conditions de transaction non équitables, limitation de la production, pratiques commerciales discriminatoires, etc.), la Cour rappelle qu'il s'agit là d'une énumération à titre d'exemple qui n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante proscrits par le traité. Une concentration d'entreprises peut par conséquent se couler dans le moule de l'abus de position dominante dès lors qu'elle remplit certaines conditions.

Premièrement, il appartient à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur est en position dominante sur un marché donné. Le pouvoir de marché est une exigence classique pour caractériser un abus de position dominante ¹⁰. Il est par conséquent logique de l'imposer dans le contexte d'une opération de concentration. Bien que la décision préjudicielle ne le formule expressément, il importe que l'entreprise acquéreuse détienne au préalable une position dominante sur le marché pertinent, c'est-à-dire avant que le rapprochement des structures soit réalisé. L'arrêt *Continental Can*, dont s'inspire ici la Cour pour dessiner les contours de l'abus de position dominante par concentration, était nettement en ce sens ¹¹ et on comprendrait mal que l'exigence de domination préexistante soit abandonnée.

Deuxièmement, l'entreprise qui a pris le contrôle d'un autre opérateur du marché doit avoir, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché. À cet égard, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus ; il faut établir que le degré de domination ainsi atteint entrave substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisse subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante. C'est là une reprise mot pour mot de la définition de l'abus de concentration donnée par l'arrêt *Continental Can* ¹².

Cette définition de l'abus de concentration appelle deux remarques.

La première est que cette variété d'abus renvoie davantage à la catégorie d'abus de structure, ou d'éviction, qu'à celle d'abus de comportement, ou d'exploitation ¹³. En effet, une opération de concentration est abusive parce qu'elle modifie activement les conditions de la concurrence en réduisant la faible marge de concurrence qui subsistait encore sur le marché. Il s'agit bien, pour l'entreprise dominante, d'étendre sa position en acquérant des opérateurs concurrents et, ainsi, les évincer du marché.

La seconde est que cette définition de l'abus de concentration fait écho au critère d'appréciation de l'opération de concentration posé par le règlement CE 139/2004, à savoir l'existence ou non d'une entrave significative à une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante ¹⁴. La correspondance des critères d'analyse employés dans les contrôles préventif et répressif relativise donc le risque d'une sanction *ex post* prononcée par une autorité nationale de concurrence

contre une concentration autorisée *ex ante* par la Commission européenne.

B - La sanction de l'abus de position dominante

La sanction *ex post* des concentrations est confiée par la Cour de justice aux autorités nationales de concurrence. Cela ne doit pas étonner car, contrairement au contrôle *ex ante* des concentrations de dimension communautaire qui relève de la seule compétence de la Commission (système du « guichet unique ») ⁽¹⁵⁾, les autorités et juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE.

Mais, parce que le principe d'exclusivité des règles sur les concentrations posé par l'article 21 du règlement CE 139/2004 exclut expressément l'application du règlement CE 1/2003 relatif à la mise en oeuvre des règles sur les ententes et les abus de position dominante ⁽¹⁶⁾, le contrôle *ex post* des concentrations doit s'effectuer selon les règles procédurales des États membres.

Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris, qui statuera au fond après la décision préjudicielle, pourra se fonder sur l'article L. 430-9 du code de commerce pour enjoindre à l'entreprise contrevenante de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, les actes constitutifs de la concentration à l'origine de l'abus. Pour rappel également, un abus de position dominante est sanctionné par le code de commerce d'une amende pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires total des entreprises mises en cause ⁽¹⁷⁾, et des demandes de dommages-intérêts peuvent être formées par les tiers s'estimant lésés ⁽¹⁸⁾.

Dès lors, on comprend les craintes que suscite la création de cette nouvelle voie de contrôle des concentrations ⁽¹⁹⁾. Les sanctions encourues obligent les entreprises actives dans certains secteurs clés de l'économie, où notamment l'innovation joue un rôle clé, à revoir leur méthode d'évaluation de leurs projets d'acquisition ou de rapprochement. Il ne suffira plus de vérifier le franchissement des seuils de chiffres d'affaires habituels. Désormais, il leur incombera de mener une analyse approfondie de l'impact concurrentiel de l'opération, appréciation complexe qui jusqu'ici incombait uniquement aux autorités de concurrence.

Mots clés :

CONCURRENCE * Concentration * Abus de position dominante * Articulation des contrôles * Autorité nationale


(1) Sur ce phénomène, V. M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, Droit de la concurrence, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2022, n° 169.

(2) Avant la présente décision, l'immunité n'était déjà plus totale puisqu'à la faveur d'un changement d'interprétation de l'art. 22 du Règl. CE 139/2004, les autorités nationales de concurrence se sont vues reconnaître le droit de renvoyer à la Commission européenne des opérations qui, sans franchir les seuils nationaux de contrôle, affectent de manière significative le commerce entre États membres et menacent d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membre à l'origine de la demande (Comm. UE, Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, JOUE C 113, 31 mars 2021). En France, l'Autorité de la concurrence s'est saisie de cette nouvelle possibilité en transmettant à la Commission une demande de renvoi d'un projet d'acquisition d'une société innovante de biotechnologie, Grail, par Illumina, leader mondial du séquençage génomique, projet que l'autorité européenne a finalement invalidé (Comm. UE, 6 sept. 2022, aff. M. 10188, *Illumina c/ Grail*).

(3) CJCE 21 févr. 1973, aff. C-6/72 , *Continental Can*, Rec. CJCE, p. 215.

(4) JOCE L 24, 29 janv. 2004, p. 1.

(5) JOCE L 395, 30 déc. 1989, p. 1.

(6) CJUE 7 sept. 2017, aff. C-248/16 , *Austria Asphalt*, pt 31.

(7) C. Goldie-Genicon, Droit commun et droit spécial, Rev. dr. Assas, févr. 2013, p. 29 s., spéc. n° 20.

(8) CJCE 6 avr. 1962, aff. 13-61, *Bosch GmbH*, Rec. CJCE, p. 89.

(9) Concl. av. gén. J. Kokott, 13 oct. 2022, aff. C-449/21, pt 60.

(10) CJCE 14 févr. 1978, aff. 27/76, *United Brand*, Rec. CJCE, p. 207.

(11) CJCE 21 févr. 1973, *supra* note 3, pt 28.


(12) *Ibid.*, pt 26.


(13) Sur cette distinction, V. not. J.-B. Blaise et R. Desgorces, Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution, LGDJ, coll. Manuel, 11^e éd., 2021, n° 827.

(14) Règl. CE 139/2004, art. 2, § 3.

(15) *Ibid.*, art. 21, § 2.

(16) JOCE L 1, 4 janv. 2003, p. 1.

(17) C. com., art. L. 464-2 , I.

(18) C. com., art. L. 481-1  s.

(19) V. not. F. Puel et A. Marescaux, Opérations de concentration sous les seuils : la multiplication des voies de contrôle *ex post*, *Elnet*, Veille permanente, 31 mars 2023.

Copyright 2023 - Dalloz – Tous droits réservés