

La Cour de justice autorise un contrôle *ex post* au titre de l'article 102 TFUE des concentrations situées en dessous des seuils de contrôle *ex ante* obligatoires.

La question préjudicielle sur laquelle la Cour de justice se prononce en l'espèce intervient à la suite d'une plainte pour abus de position dominante déposée auprès de l'Autorité de la concurrence (AdC) par Towercast à l'encontre de TDF. Selon Towercast, la prise de contrôle d'Itas par TDF, qui n'avait fait l'objet d'aucun examen au titre du contrôle des concentrations, ni donné lieu à renvoi à la Commission constituait un abus de position dominante, car elle conduisait à un renforcement significatif de la position dominante de TDF sur les marchés de gros amont et aval de la diffusion de la TNT. Mais, retenant que le règlement 139/2004 s'applique à titre exclusif aux concentrations définies à son article 3, l'Autorité avait déclaré sans objet l'application de l'article 102 TFUE à une opération de concentration, en l'absence d'un comportement abusif de l'entreprise mise en cause, détachable de cette opération. L'AdC avait en outre qualifié d'obsoleète la jurisprudence Continental Can sur laquelle la saisissante fondait son argumentation au motif qu'elle avait été rendue antérieurement à l'adoption d'un dispositif de contrôle européen des concentrations. Towercast a donc formé un recours contre cette décision.

Faisant observer que la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur les exceptions au principe selon lequel le règlement 139/2004 est seul applicable aux concentrations définies à son article 3 et pour lesquelles le règlement 1/2003 ne trouve pas, en principe, à s'appliquer, ni sur le fait de savoir si l'arrêt Continental Can est encore applicable aux concentrations, qui n'ont fait l'objet d'aucune analyse dans le cadre d'un contrôle *ex ante* obligatoire, ni d'aucune demande de renvoi à la Commission en application de l'article 22 du règlement 139/2004, et qu'un doute subsiste concernant l'impossibilité de procéder à une application autonome des règles de concurrence issues du droit primaire, à une opération de concentration qui n'a donné lieu à aucun contrôle préventif et qui ne s'expose pas à un risque d'application cumulative des règlements 139/2004 et 1/2003, la juridiction de renvoi a donc posé la question suivante :

l'article 21, paragraphe 1, du règlement 139/2004 s'oppose-t-il à ce qu'une opération de concentration, dépourvue de dimension européenne, située en dessous des seuils de contrôle *ex ante* obligatoires prévus par le droit national et n'ayant pas donné lieu à renvoi devant la Commission, soit analysée par une autorité nationale de concurrence comme constitutive d'un abus de position dominante prohibé par l'article 102 TFUE, au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale ?

En admettant le recours à l'article 102 TFUE pour contrôler les concentrations situées en dessous des seuils obligatoires, la Cour de justice génère de l'insécurité juridique pour les entreprises, désormais confrontées au risque supplémentaire de l'applicabilité de l'article 102 TFUE à leur opération de concentration.

D'abord, la Cour constate que si l'article 21, paragraphe 1, qui dispose que le règlement 139/2004 est seul applicable aux opérations telles que définies à son article 3, pour lesquelles le règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102] TFUE, ne s'applique pas en principe, vise à régir le champ d'application du règlement sur le contrôle des concentrations en ce qui concerne l'examen des concentrations par rapport à celui des autres actes de droit dérivé de l'Union en matière de concurrence, son libellé ne répond pas à la question de savoir si les dispositions du droit primaire, et, en particulier, l'article 102 TFUE, demeurent applicables à une opération de concentration d'entreprises. Puis, se référant au considérant 7 du règlement 139/2004 selon lequel "[l]es articles [101] et [102] TFUE], tout en étant applicables, [...] ne suffisent pas pour contrôler toutes les opérations de concentration qui risquent de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussé visé par le traité", la Cour précise que loin de priver les autorités compétentes des États membres de la possibilité d'appliquer aux concentrations des dispositions du Traité en matière de concurrence, le règlement 139/2004

fait partie d'un ensemble législatif visant à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE ainsi qu'à établir un système de contrôle garantissant une concurrence non faussée dans le marché intérieur de l'Union. Si, en vertu du système du "guichet unique", le règlement 139/2004 a vocation à s'appliquer à titre exclusif aux concentrations dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un État membre, il ne rend pas pour autant sans objet le contrôle national d'une opération de concentration au regard de l'article 102 TFUE. Par ailleurs, l'applicabilité directe de l'article 102 TFUE, qui prohibe les abus de position dominante de manière inconditionnelle, sans prévoir une liste limitative de comportements interdits par le droit de l'Union, ni même d'exemptions, ne saurait être écartée en raison de l'adoption d'un acte de droit dérivé, tel que le règlement 139/2004. En outre, l'inapplicabilité du règlement 1/2003 aux concentrations définies à l'article 3 du règlement 139/2004, ne saurait davantage conduire à interdire aux autorités nationales de concurrence d'appliquer l'article 102 TFUE à des opérations de concentration. Dès lors, selon la Cour, le règlement 139/2004, nonobstant son principe d'application exclusive, ne s'oppose pas à ce qu'une concentration de dimension non européenne puisse faire l'objet d'un contrôle national au titre de l'effet direct de l'article 102 TFUE en recourant à leurs propres règles procédurales.

CONCENTRATIONS

Cour de justice de l'Union européenne

16 mars 2023

LawLex202300003720JBJ

★★★