

Continental Can revival

Redéfinition des rapports entre abus de position dominante et contrôle des concentrations

Un bref résumé de l'arrêt de la CJUE du 26 mars 2023 dans l'affaire Towercast

Dans l'arrêt *Continental Can* (arrêt 6/72 du 21 février 1973), la Cour de Justice des Communautés européennes a jugé que l'interdiction de l'abus de position dominante ne visait pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective.

Cet arrêt a ouvert la voie à un contrôle limité des concentrations d'entreprises par le biais de l'interdiction de l'abus de position dominante.

Selon les termes de l'arrêt, une opération de concentration est susceptible de constituer un abus si elle renforce une position déjà dominante au point 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.

Cette jurisprudence est tombée dans une relative désuétude à la suite de l'introduction du contrôle des concentrations dans l'Union européenne. Par souci de sécurité juridique, on considère généralement que toutes les opérations de concentration échappent au contrôle ex post de l'abus de position dominante, même si elles n'atteignent pas les seuils de notification, traçant ainsi une ligne de partage nette entre le contrôle des concentrations et le contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

Dans l'Union européenne, l'article 21 du règlement 139/2004 (relatif au contrôle des concentrations) prévoit que ledit règlement est seul applicable aux opérations de concentration et que le règlement 1/2003 (relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence) n'est pas applicable. Les autorités européennes n'ont donc aucun pouvoir d'enquête ni de sanction sur les opérations de concentration hors du contrôle des concentrations proprement dit. Cette approche a tout de même fait l'objet de quelques critiques, portant principalement sur l'existence d'une lacune dans le système.

Dans l'affaire *Towercast* (C-449/21), il a été demandé à la CJUE si l'article 21 du règlement 139/2004 devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une opération de concentration d'entreprises, dépourvue de dimension communautaire, située en dessous des seuils de contrôle ex ante obligatoire prévus par le droit national et n'ayant pas donné lieu à un renvoi à la Commission en application de l'article 22 dudit règlement, soit analysée par une autorité nationale de concurrence comme constitutive d'un abus de position dominante prohibé à l'article 102 TFUE au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale.

La CJUE a rendu son arrêt le 16 mars 2023.

La Cour commence par souligner que l'analyse de l'article 21 du règlement 139/2004 ne permet pas de répondre 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, notamment dans l'hypothèse où la concentration concernée n'a fait l'objet d'aucun contrôle ex ante au regard du droit des concentrations.

On ne peut déduire du règlement 139/2004 que le législateur européen aurait entendu rendre sans objet le contrôle opéré au niveau national d'une opération de concentration au regard de l'article 102 TFUE.

Si les distorsions de concurrence éventuellement induites par les opérations de concentration doivent, pour des raisons de sécurité juridique, être analysées en priorité par le mécanisme de contrôle préalable des concentrations, cela ne saurait pour autant exclure la possibilité pour une autorité de la concurrence d'appréhender, dans certaines circonstances, une opération de concentration sous l'angle de l'article 102 TFUE. Il est admis que le règlement 139/2004 ne s'applique qu'aux concentrations de dimension communautaire et que certaines concentrations peuvent, tout à la fois, échapper à un contrôle ex ante et faire l'objet d'un contrôle ex post.

L'article 102 TFUE est par ailleurs une disposition d'effet direct dont l'application n'est pas subordonnée à l'adoption préalable d'un règlement procédural.

L'abus de position dominante n'est susceptible d'aucune exemption, de quelque façon que ce soit. La liste des pratiques et des comportements visés par l'article 102 TFUE n'est pas limitative, de telle sorte que l'énumération des pratiques abusives figurant à cette disposition n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union.

Ainsi, le règlement 139/2004 ne saurait s'opposer à ce qu'une opération de concentration de dimension non communautaire puisse faire l'objet d'un contrôle par les autorités nationales de concurrence au titre de l'effet direct de l'article 102 TFUE.

En effet, l'interdiction énoncée à l'article 102 TFUE est suffisamment claire, précise et inconditionnelle, de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une règle de droit dérivé qui prévoit ou permet expressément son application par les autorités et les juridictions nationales.

Il s'ensuit qu'une opération de concentration n'atteignant pas les seuils de contrôle préalable peut se voir appliquer l'article 102 TFUE lorsque sont réunies les conditions prévues à cet article pour établir l'existence d'un abus de position dominante.

L'opération de concentration sera abusive si l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché. A cet égard, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il faut établir que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante.

L'arrêt Towercast reprend sur ce point exactement les termes de l'arrêt Continental Can, dont il confirme ainsi la validité.

L'approche de la CJUE est probablement transposable en droit suisse. Si le «*Konzentrationsprivileg*» semble relativement bien établi, aucune règle n'interdit à la Comco d'analyser une concentration sous l'angle de l'article 7 LCart.

Selon la LCart, les entreprises dont la position dominante a été constatée par une décision des autorités de la concurrence ont l'obligation de notifier toutes leurs opérations de concentration, sans égard aux seuils de chiffres d'affaires. Cela ne concerne toutefois qu'une petite minorité des entreprises en position dominante. Les autres – qui parfois ignorent même qu'elles sont en position dominante – seront bien avisées d'examiner l'impact de leurs opérations de concentration sur la concurrence, même si elles n'ont pas l'obligation de les notifier à la Comco.

La thèse de doctorat du soussigné – auquel il reste quelques exemplaires au fond d'une armoire – donne des pistes pour analyser ces cas spécifiques d'abus de position dominante.

Contact



Denis Cherpillod

Docteur en droit – avocat

cherpillod@jmrlegal.ch

REYMOND & ASSOCIÉS

Avenue de la Gare 1 /

CP 7255

CH-1002 Lausanne

T +41 21 348 11 11

www.jmrlegal.ch