

A LA UNE

DDC201m9 **L'affaire Towercast**

• CJUE, 16 mars 2023, n° C-449/21

L'article 21, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 139/2004 ne s'oppose pas à ce qu'une opération de concentration d'entreprises, dépourvue de dimension communautaire au sens de l'article 1^{er} de ce règlement, 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 européenne en application de l'article 22 dudit règlement, soit analysée par une autorité de concurrence d'un État membre comme étant 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.

De l'article 21, § 1, du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, qui dispose qu'il « est seul applicable aux concentrations telles que définies à l'article 3 », deux interprétations pouvaient être retenues : (i) le règlement est seul applicable à toute concentration, même non contrôlable ou (ii) le règlement est seul applicable à toute concentration, pourvu qu'elle soit contrôlable.

L'article 3 définissant les concentrations en général et non les seules concentrations non contrôlables, la lettre du texte de l'article 21, § 1, invitait à retenir la première interprétation. Mais c'était sans compter sur l'esprit de celui-ci, qui conduit la Cour de justice à retenir ici la seconde interprétation. Par conséquent, une autorité nationale de concurrence peut examiner à l'aune de l'article 102 TFUE une opération qui ne franchit pas les seuils de contrôle – européen ou national – ou qui n'est pas renvoyé à la Commission au titre de l'article 22 du règlement n° 139/2004 – référence à la nouvelle lecture par la Commission de l'article 22 du règlement en cause, laquelle a reçu l'aval du Tribunal de l'Union le 13 juillet 2022 dans l'affaire *Illumina* [T-227/21 : LEDICO sept. 2022, n° DDC200z3 ; LEDICO oct. 2022, n° DDC201c3, notes M. Debroux] et peut-être désormais de la Cour dans l'arrêt rapporté.

Quant au fondement de cette solution, il réside en substance dans l'idée que le règlement n° 139/2004, pris notamment sur le fondement de l'article 103 TFUE, « fait partie d'un ensemble législatif visant à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE », dont il ne peut par ailleurs, en tant que texte de droit dérivé, restreindre le champ d'application. À ce titre, nous dit la Cour, si la sécurité juridique commande « une application prioritaire du 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 ». On retient de tout ceci (i) qu'une concentration peut fondamentalement constituer une pratique anticoncurrentielle, (ii) qu'un dispositif de contrôle *ex ante* spécial a été prévu à l'égard des concentrations d'une certaine importance, en vue d'assurer aux entreprises concernées une certaine sécurité juridique, (iii) mais que dès lors qu'une telle modalité de contrôle n'existe pas, ce qui est le cas pour les concentrations de faible importance, il n'y a pas de raison d'é luder le contrôle *ex post* au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'on osera nommer « contrôle de droit commun ».

Quant à la portée de cette solution, elle est éclairée par son fondement. Se prononçant dans le cadre strict de la question préjudicielle posée, la Cour de justice n'évoque qu'un contrôle au titre de l'article 102 TFUE d'une part, par une autorité de concurrence nationale d'autre part. Mais le contrôle des concentrations participant, lorsque le commerce entre États membres est affecté, de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE, pourquoi ne pas admettre un contrôle au titre du premier article, le cas échéant par la Commission ?

Cyril Grimaldi, professeur à l'université Paris 13

SOMMAIRE

► CONTRATS DE DISTRIBUTION

- Egalim 3 et dispositif expérimental en cas d'absence d'accord au 1^{er} mars : un déséquilibre chasse l'autre ! **2**
- Egalim 3 : SRP+10 et encadrement des promotions **2**
- Egalim 3 : une sanctuarisation bienvenue du régime spécifique applicable aux grossistes **3**
- Egalim 3 et aspects de droit international privé : un coup d'épée dans l'eau ? **3**
- Indemnité de l'agent commercial en fin de contrat **4**
- Durée conditionnée à l'atteinte d'objectifs et rupture brutale **4**
- Du bon sens sur la tentative de soumission mais des œillères sur la puissance des grands fournisseurs **5**

► PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

- Procédure de sanction consécutive à un refus de transiger avec le ministre : de la géométrie variable de la notion d'entreprise **5**
- Droit des ententes : des limites à un partenariat de production **6**
- Modernisation des règles applicables aux abus de position dominante **6**

► AIDES D'ÉTAT

- Transition écologique : nouvelles orientations techniques encadrant les mesures nationales financées par le plan NextGenerationEU et soutenant la transition écologique **7**

► DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- Règlement *Bruxelles I bis* et détermination du lieu de livraison des marchandises **7**