

A LA UNE

DDC2024j1 Une concentration non contrôlable peut être examinée à l'aune du droit des ententes

- *Aut. conc.*, 2 mai 2024, n° 24-D-05, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage

Faisant application de la jurisprudence *Towercast*, l'Autorité de la concurrence examine pour la première fois, à l'aune du droit des ententes, des opérations de concentration non contrôlables, car ne franchissant pas les seuils nationaux de notification. Elle prononce un non-lieu.

Plusieurs cessions croisées de fonds de commerce assorties de clauses de non-concurrence avaient conduit à une redistribution géographique des équarisseurs présents sur le marché, les uns quittant tels territoires pour permettre aux autres de renforcer leur présence. Pour autant, d'une part ces « accords concentratifs » (pt 157) ne sont pas, d'après l'Adlc, assimilables à des accords de répartition géographique des marchés au sens du droit des ententes, notamment en ce qu'ils ont une nature structurelle et « diffèrent substantiellement d'accords anticoncurrentiels de nature comportementale qui se substituent au jeu normal de la concurrence et qui, généralement, revêtent un caractère secret et sont assortis de mécanismes de surveillance » (pt 160). D'autre part, et en amont des cessions, les échanges entre les parties ne traduisaient pas leur volonté de mettre en place un plan global tripartite de répartition géographique, mais constituaient seulement des « discussions préparatoires d'une opération de concentration » (pt 112). L'intérêt essentiel de la décision réside dans l'examen d'une opération de concentration, non contrôlable, au regard du droit des ententes. Depuis l'important arrêt *Towercast* (CJUE, 16 mars 2023, C-449/21), on sait qu'une autorité nationale de concurrence peut examiner à l'aune de l'article 102 TFUE une opération de concentration non contrôlable. Le peut-elle à l'aune de l'article 101 TFUE (et C. com., art. L. 420-1) ? L'Adlc y répond par l'affirmative, dans une décision qui ne surprend pas. De fait, comme l'avait relevé la Cour de justice dans l'arrêt précité, le règlement 139/2004 sur les concentrations, 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. Ce qui vaut pour l'article 102 vaut donc pour l'article 101. De manière générale, il faut donc distinguer deux situations. D'une part, celle de la concentration qui est contrôlable : elle sera contrôlée *ex ante* au titre du contrôle des concentrations sans pouvoir l'être au surplus *ex post* au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles. D'autre part, celle de la concentration qui n'est pas contrôlable : elle pourra être contrôlée *ex post* au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles. On relèvera par ailleurs que l'Adlc en profite pour préciser que le fait qu'une opération de concentration aboutisse à la prise de contrôle d'une entreprise sur une autre et, par conséquent, à la disparition de cette dernière, n'est pas de nature à écarter le caractère multilatéral de la pratique et donc la qualification d'entente ; l'accord sous-tendant la concentration est, par hypothèse, intervenu entre deux entreprises distinctes (pt 136). Cette décision inspire deux observations finales. *Primo*, les restrictions de concurrence s'évinçant d'« accords concentratifs » qui seront examinées présenteront une originalité certaine par rapport à celles découlant d'« accords classiques », en sorte que c'est toute une nouvelle pratique décisionnelle qui s'annonce. *Secundo*, la décision illustre la porosité des frontières entre les catégories (*opérations* et *pratiques*) en droit de la concurrence (l'expression « accord concentratif » en témoigne au mieux), laquelle s'ajoute au *forçage* de certaines d'entre elles (ainsi de certains accords verticaux entre la tête de réseau et les membres du réseau qui n'ont d'accords que le nom, faute de véritables consentements de ces derniers), cela appelant naturellement une réflexion d'ensemble.

Cyril Grimaldi, professeur à l'université Paris 13

Directrice scientifique : Anne-Sophie Choné-Grimaldi
Directrice de la publication : Emmanuelle Filiberti
Responsable de rédaction : Angélique Farache

Conseil scientifique : Michel Debroux,
François-Luc Simon, Olga Zakharova-Renaud

SOMMAIRE

► GÉNÉRAL

- Protection du secret des affaires : préservation du bloc de compétence du juge judiciaire 2

► CONTRATS DE DISTRIBUTION

- La Cour de cassation facilite la cession des réseaux de franchise 2
- Carte de fidélité au sein d'un réseau de pharmaciens 3
- Manquement à l'obligation générale d'information sanctionné par la nullité d'un contrat de distribution 3
- Obligations d'information du franchiseur 4
- De l'obligation de transmission du savoir-faire incombant au franchiseur 4

► PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

- Que reste-t-il du principe de la légalité en droit des pratiques restrictives de concurrence ? 5
- Plateforme en ligne et statut d'hébergeur : la fin de l'immunité 5

► PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

- Pratiques anticoncurrentielles : le chocolat n'a décidément pas la cote... 6

► PRIVATE ENFORCEMENT

- Contrôle de la prescription pour le *private enforcement* 6

► DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- Le choix de loi tacite n'est pas une localisation du contrat 7
- Le juge belge et l'action du ministre de l'Économie 7