



HAL
open science

La Cour de justice de l'Union européenne restaure la jurisprudence Continental Can et juge que l'article 102 TFUE est susceptible de s'appliquer à une concentration non notifiable (Towercast)

Marie Cartapanis

► To cite this version:

Marie Cartapanis. La Cour de justice de l'Union européenne restaure la jurisprudence Continental Can et juge que l'article 102 TFUE est susceptible de s'appliquer à une concentration non notifiable (Towercast). *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2023. hal-04082467

HAL Id: hal-04082467

<https://amu.hal.science/hal-04082467v1>

Submitted on 26 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CARTAPANIS

Marie

Maître de conférences

Aix-Marseille Université

Chronique Pratiques unilatérales – Concurrences 2/2023

CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, Towercast

La Cour de justice de l'Union européenne restaure la jurisprudence Continental Can et juge que l'article 102 TFUE est susceptible de s'appliquer à une concentration non notifiable (Towercast)

CJUE, 16 mars 2023, C-449/21, Towercast / Abus de position dominante – Question préjudicielle – Position dominante – Concentrations – Seuils de notification – Numérique - Innovation

The Court of Justice of the European Union restores the Continental Can case law and rules that Article 102 TFEU may apply to a non-notifiable concentration (Towercast)

CJEU, 16 March 2023, C 449/21, Towercast / Abuse of a dominant position - Preliminary ruling - Dominance - Mergers - Thresholds – Digital Market - Innovation

Texte :

Par un arrêt du 16 mars 2023, la Cour de justice de l'Union européenne restaure la jurisprudence Continental Can de 1973 selon laquelle « est susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point 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 » (CJCE, 21 fév. 1973, aff. 6-72). L'arrêt, rendu en 1973, permettait de sanctionner une concentration d'entreprises sur le fondement de l'ancien article 86 CEE, actuel 102 TFUE, alors qu'aucun contrôle des concentrations n'était en vigueur. En 2023, alors que le règlement 139/2004 est régulièrement appliqué par la Commission européenne et par les autorités nationales de concurrence, la question s'est posée de savoir si une telle jurisprudence, pourtant tombée dans l'oubli, était encore applicable.

Pourquoi une telle question ? C'est parce que les « acquisitions prédatrices », à savoir les opérations de concentration qui n'atteignent pas les seuils de notification, font l'objet de divergences d'appréciation. À l'origine de l'arrêt se trouvait une plainte déposée par Towercast à propos de la prise de contrôle exclusif de l'entreprise Itas par IDF sur le marché de la diffusion hertzienne. Les services d'instruction de l'Autorité s'étaient fondés sur une violation de l'article 102 TFUE pour poursuivre l'entreprise TDF. Le collège de l'Autorité, quant à lui, avait finalement considéré que « le grief d'abus de position dominante notifié à l'encontre de la société TDF sur le fondement des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce n'est pas établi », affirmant, par là même, l'obsolescence de la jurisprudence Continental Can, devenue « sans objet » (Aut. conc., n° 20-D-01, 16 janv. 2020 relative à une pratique mise en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision

numérique terrestre, pt. 140 ; v. ég. R. Saint-Esteben, « Un vrai-faux retour de l'arrêt Continental Can ? », Concurrences, 4-2022).

Cette divergence afférente à la jurisprudence Continental Can est réapparue devant la Cour d'appel de Paris, puisque celle-ci, dans un arrêt interlocutoire en date du 1^{er} juillet 2021 (CA Paris, RG 20/04300) relevait que si les règlements successifs avaient voulu éviter que les analyses soient doublées en combinant une analyse *ex ante* et *ex post*, il demeure que l'article 102 est un texte de droit primaire à effet direct (A. Ronzano, « Seuils : La Cour d'appel de Paris demande à la Cour de justice de l'Union européenne si la jurisprudence Continental Can est toujours applicable à une opération de concentration, 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 européenne (Itas / TDF) », Concurrences N° 4-2021, Art. N° 101478). Elle décide de surseoir à statuer et convient de poser à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle libellée ainsi : « L'article 21, paragraphe 1, du règlement [n° 139/2004] doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une opération de concentration, dépourvue de dimension communautaire au sens de l'article 1^{er} du règlement précité, 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 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 ? ».

Avant même la réponse de la Cour, les conclusions de l'avocate générale Kokott avaient attiré l'attention (Concl., av. gén., J. Kokott, 13 oct. 2022, aff. C449/21, Towercast). Car, là encore, la position adoptée était ambiguë. Lors d'une précédente affaire, elle avait en effet considéré que « la pratique antérieure d'une application sporadique aux concentrations d'entreprises de l'article 85 du traité CEE (devenu l'article 101 TFUE), ou de l'article 86 du traité CEE (devenu l'article 102 TFUE), ainsi que des règles de procédure adoptées pour leur mise en œuvre, est devenue obsolète avec l'entrée en vigueur de dispositions autonomes relatives au contrôle des concentrations, telles qu'elles sont désormais consignées dans le règlement n° 139/2004 » (Concl., av. gén., J. Kokott, 27 avril 2017, C-248/16, Austria Asphalt, note 18). C'est donc une position inverse de celle de la jurisprudence Continental Can qui est adoptée dans ces conclusions. Les circonstances étaient toutefois bien différentes, puisque, dans ce cas, l'enjeu portait sur la notion de concentration et non sur les seuils.

Pour l'essentiel, dans son arrêt du 16 mars 2023, la Cour de justice suit les conclusions de l'avocate générale et dit pour droit que « l'article 21, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, doit être interprété en ce sens qu'il 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 ».

Par cette affirmation, la Cour de justice entend compléter le contrôle des concentrations en posant le principe d'un contrôle *ex post* de ces opérations sur le fondement de l'article 102 TFUE (I). Elle précise par ailleurs les conditions de mise en œuvre qui révèlent un champ d'application plus limité qu'il n'y paraît (II).

I. Le principe d'un contrôle *ex post* fondé sur l'article 102 TFUE

Pour pallier les lacunes du règlement n°139/2004 en matière de concentrations prédatrices dans un contexte de méfiance croissante à l'égard de la concentration de certains marchés tirés par l'innovation (A), la Cour de justice fait reposer son raisonnement sur la hiérarchie des normes. Elle fait ainsi primer, non sans limites, l'article 102 TFUE sur le règlement (B).

A. L'existence d'un « vide juridique »

Revenons, d'abord, sur le contexte. On sait que les acquisitions « sous les seuils », parfois qualifiées de *killers acquisitions* ou de concentrations consolidantes, font l'objet de préoccupations constantes. Ces concentrations, qui concernent des cibles dont le chiffre d'affaires est faible ou nul, ne sont pas soumises à l'obligation de notification préalable faute de remplir les seuils posés par les textes – et donc ne sont pas contrôlables au titre du droit des concentrations. Or, elles peuvent parfois contribuer à une concentration massive de certains marchés. On assiste en effet depuis plusieurs années à une augmentation significative des concentrations impliquant des entreprises qui jouent ou sont susceptibles de jouer un rôle concurrentiel important sur les marchés, en dépit du fait qu'elles génèrent peu ou pas de chiffre d'affaires au moment de la concentration. Cette évolution semble particulièrement importante dans le domaine de l'économie numérique, où des services sont régulièrement lancés pour constituer une base d'utilisateurs importante et/ou pour collecter des stocks de données avant de chercher à monétiser l'activité. Une dynamique similaire semble également opérer dans le secteur pharmaceutique, et, plus généralement, dans les secteurs tirés par l'innovation dans lesquels des opérations ont impliqué des entreprises innovantes qui n'avaient pas encore finalisé ou exploité les résultats de leurs activités d'innovation (Comm. UE, Orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, 2021/C 113/01, cons. 9, et v. ég. le rapport spécial de la Cour des comptes de l'Union européenne qui s'inquiétait de la concentration massive de certains marchés, Cour des comptes de l'UE, Rapport spécial, Contrôle des concentrations dans l'UE et procédures antitrust de la Commission : la surveillance des marchés doit être renforcée, 2020).

Pour pallier ce que l'avocate générale Kokott avait qualifié de « vide juridique » (l'expression de « vide juridique » devant toutefois être maniée avec précaution car elle recouvre également l'existence d'une liberté octroyée), plusieurs solutions avaient été envisagées : réforme du règlement 139/2004, modification des seuils applicables, injonction structurelle, création du contrôle *ex post*... C'est finalement la nouvelle interprétation de l'article 22 du règlement 139/2004 qui avait eu la faveur des autorités de concurrence et cette nouvelle approche avait été validée par la Cour de justice (Comm. UE, Commission Guidance on the application on the referral mechanism set out Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases : C(2021) 1959 final, 26 mars 2021 ; CJUE, 13 juill. 2022, Illumina / GRAIL, T 227/21. V. par ex., M. de Drouas, E. Nachbaur,

Révolution du contrôle des concentrations au sein de l'Union européenne : le chiffre d'affaires n'est plus le seul critère : Contrats, conc. consom. 2021, étude 5 ; D. Bosco, « Illumina-Grail, the threefold error of the EU General Court », Concurrences N° 4-2022, Art. N° 109076). L'on aurait pu penser que ce nouvel instrument allait suffire. Mais à cette nouvelle interprétation de l'article 22 s'ajoutait une autre question débattue au sein de la doctrine, à savoir celle d'appliquer la jurisprudence Continental Can (L. Idot, Un revenant : l'arrêt Continental Can : Europe 2020, alerte 14 ; D. Bosco, Continental Can : une renaissance ? : Contrats, conc. consom. 2021, comm. 138). L'arrêt, en date de 1973, donc antérieur à l'adoption du premier règlement portant contrôle des concentrations entre entreprises (Règ. CEE, 21 déc. 1989, n° 4064), permettait en effet de saisir des concentrations sur le fondement de l'abus de position dominante. En faisant renaître cette jurisprudence alors même qu'un contrôle des concentrations est en vigueur, la Cour de justice renforce l'arsenal juridique à la disposition des autorités pour contrôler les concentrations prédatrices, au terme d'un raisonnement fondé sur la hiérarchie des normes. Car, et c'est la grande différence, l'arrêt Continental Can avait été rendu alors qu'aucun contrôle des concentrations n'existait.

B. La primauté de l'article 102 TFUE

La question posée à la Cour portait sur l'interprétation de l'article 21§1 du règlement n° 139/2004 et sur son articulation avec l'article 102 TFUE. Selon l'article 21§1, ledit règlement est en effet « seul applicable aux concentrations telles que définies à l'article 3 ». Son interprétation était toutefois sujette à caution : par la formulation « seul applicable », l'article 21§1 exclut-il seulement l'application d'autres actes de droit dérivé, à savoir d'autres règlements, et plus particulièrement le règlement 1/2003, ou vise-t-il plus largement le droit de l'Union européenne, ce qui comprendrait le droit primaire et, donc, l'article 102 TFUE ?

Dans la première hypothèse, on applique l'adage « *lex superior derogat legi inferiori* » : le droit primaire, et donc l'article 102 TFUE, n'est pas visé par le texte de droit dérivé. Le premier s'applique en conséquence aux concentrations, même non notifiables, et une telle opération est susceptible de tomber sous le coup de l'article 102 TFUE, et, donc, d'être qualifiée d'abus de position dominante. Dans la seconde hypothèse, on applique l'adage « *lex specialis derogat legi generalis* » : le droit spécial – à savoir le règlement – s'impose aux autres normes et aucune concentration ne peut être régie par un autre texte, même de droit primaire. Les concentrations non notifiables sont dès lors exclues du domaine de l'article 102 TFUE, et la jurisprudence Continental Can est désuète.

D'un strict point de vue formel, on peut douter qu'au regard de la hiérarchie des normes, un texte de droit dérivé puisse écarter un texte de droit primaire dont l'effet est direct et dont la mise en œuvre n'est conditionnée à aucun règlement d'application. C'était d'ailleurs la conclusion de l'avocate générale, pour qui « le règlement n'est susceptible de limiter ni le champ d'application ni l'applicabilité » de l'article 102 TFUE. C'est également la conclusion à laquelle parvient la Cour, en se livrant à une analyse du libellé, de la volonté du législateur et de l'économie générale du règlement n° 139/2004.

Les juges rappellent d'abord que l'article 21§1 traduit la volonté du législateur de l'Union de préciser que les autres règlements mettant en œuvre le droit de la concurrence cessent, en principe, d'être

applicables à l'ensemble des opérations de concentration, à savoir aussi bien aux opérations constitutives d'un abus de position dominante qu'aux opérations de concentration qui confèrent aux entreprises intéressées le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective dans le marché intérieur (v. notamment règ. CE, n° 139/2004, cons. 7 et l'arrêt commenté, pt 35).

Les juges procèdent, ensuite, à une analyse des objectifs et de l'économie générale du règlement. Celui-ci « vise à garantir que les restructurations des entreprises, notamment sous la forme de concentrations, n'entraînent pas de préjudice durable pour la concurrence » (règ. CE, n° 139/2004, cons. 5). Il faut donc en déduire, selon la Cour, que le droit de l'Union doit comporter des dispositions applicables aux concentrations susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Or, si le législateur a précisé que le règlement n° 139/2004 constitue le seul instrument procédural applicable à l'examen préalable et centralisé des concentrations, il doit toutefois permettre un contrôle effectif de toutes les concentrations en fonction de leur effet sur la structure de la concurrence (V. CJUE, 7 septembre 2017, *Austria Asphalt*, C-248/16, pt 21 ; CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young*, C-633/16, pt 41). C'est la raison pour laquelle, loin de priver les autorités compétentes des États membres de la possibilité de faire application des dispositions du traité, en matière de concurrence, aux concentrations, le règlement « 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 que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur de l'Union » (voir l'arrêt commenté, pt 39).

Dans ces conditions, l'existence d'un contrôle *ex ante* des opérations de concentration de dimension communautaire n'exclut pas un contrôle *ex post* de ces concentrations, mais à condition que le contrôle *ex ante* n'ait pas eu lieu. En d'autres termes, le droit primaire s'impose... tant que le droit spécial ne s'applique pas.

Toutefois, si le contrôle *ex post* n'est pas exclu, il n'est pas pour autant automatique, et il convient de ne pas surévaluer les effets de cet arrêt : la Cour encadre d'ailleurs sa mise en œuvre par plusieurs conditions, lesquelles, en pratique, réduisent considérablement sa portée.

II. La mise en œuvre du contrôle *ex post*

La Cour de justice prend soin de préciser les conditions dans lesquelles l'article 102 TFUE peut s'appliquer à une opération de concentration, tant d'un point de vue matériel (A) que temporel (B).

A. Champ d'application matériel

C'est d'abord le domaine matériel du contrôle *ex post* qui est doublement limité : d'une part, par l'absence de contrôle *ex ante*, et, d'autre part, par la réunion de plusieurs conditions attenantes à l'article 102 TFUE.

D'une part, la concentration doit être dépourvue de dimension européenne et se situer sous les seuils de notification à l'échelle nationale. En d'autres termes, la mise en œuvre du contrôle *ex post* est perçue comme un palliatif à l'absence de dispositions applicables du règlement 139/2004. Cela signifie que, pour des raisons de sécurité juridique, une application prioritaire du mécanisme de

contrôle préalable des concentrations, telles que définies à l'article 3 du règlement, est nécessaire. Cela n'exclut pas, selon la Cour, « 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 », *a fortiori* parce que c'est le droit procédural des États membres qui trouve à s'appliquer aux concentrations de dimension non communautaire (pt 48 de l'arrêt commenté). La même limite s'applique si la concentration a fait l'objet d'un renvoi sur le fondement de l'article 22 du règlement 139/2004. La jurisprudence *Continental Can* intervient, en ce sens, seulement en troisième ligne.

D'autre part, toutes les concentrations « sous les seuils » ne seront pas susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante. Chacun le sait, la liste des pratiques et des comportements visés par l'article 102 TFUE n'est pas limitative, de sorte que l'énumération des pratiques abusives figurant dans cette disposition n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union (CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, pt 26).

Toutefois, la Cour précise que pour qu'une opération de concentration qui n'atteint pas les seuils de contrôle préalable prévus se voit appliquer l'article 102 TFUE, il appartient à l'autorité saisie de vérifier 1) que l'acquéreur est en position dominante sur un marché donné, 2) qu'il a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché, et 3) que, par ce comportement, il a entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché en ne laissant subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante (pt 52 de l'arrêt commenté).

Outre la condition de l'entrave substantielle, qui laisse présager des interrogations quant à son appréciation, la deuxième condition appelle trois remarques. D'abord, cela limite considérablement le domaine d'application du contrôle *ex post* ici proposé. En précisant que l'acquisition doit être opérée sur le même marché que celui sur lequel s'exerce déjà la domination, la Cour a-t-elle entendu limiter le champ d'application du contrôle *ex post* aux concentrations horizontales ? Dans l'affirmative, ne manque-t-elle pas sa cible ? Nombre de concentrations qui ont attiré l'attention des autorités sont en effet de nature conglomérale ou verticale. L'avocate générale le rappelait fort justement : l'objectif est de contrôler des concentrations par lesquelles des entreprises, établies et puissantes, reprennent des entreprises émergentes à un stade précoce de leur développement et qui « opèrent sur le même marché, *un marché voisin, en amont ou en aval*, en vue de les éliminer en tant que concurrents et de consolider leur position sur le marché » (Concl., av. gén., J. Kokott, 13 oct. 2022, aff. C449/21, *Towercast*, pt 48, nous mettons en évidence).

Ensuite, l'on peut s'interroger sur la normativité de cette interprétation. Par le biais d'une règle juridique destinée à sanctionner les *comportements* anticoncurrentiels, la Cour met en place un contrôle de la *structure* du marché. Dans ce cas, le comportement d'une entreprise est parfaitement indifférent, et seule la concentration du marché importe. Quid, dès lors, du lien de causalité entre la position dominante et son exploitation abusive ? N'est-ce pas là faire abstraction du concept même d'abus pour créer, sinon une prohibition de la position dominante, au moins une prohibition de son *acquisition* abusive ?

Enfin, dans l'incertitude, l'on peut s'attendre à ce que les entreprises soient moins incitées à procéder à des concentrations. L'autorité française de la concurrence relevait d'ailleurs, en 2018, à propos de la mise en place d'un contrôle *ex post*, que l'insécurité juridique inhérente à ce nouveau

pouvoir constituerait inévitablement un frein à l'économie et découragerait les investissements, et risquerait, en définitive, d'avoir des effets néfastes sur l'évolution des marchés et le jeu de la concurrence (Aut. conc., Consultation sur la réforme du droit des concentrations et contrôle *ex post*, 28 sept. 2018, p. 6, v. ég. OCDE, Note du Secrétariat, Enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration, DAF/COMP/WP3, 2014 1, 20 janvier 2015, p. 20). Rappelons ici que le règlement 139/2004 concède que, de manière générale, « les restructurations doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles correspondent aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté » (Règlement n°139/2004, cons. 4).

B. Champ d'application temporel

Outre les interrogations que suggère cet arrêt au regard de son champ d'application matériel, l'application temporelle de cette jurisprudence a également suscité des préoccupations. Les entreprises parties à la concentration avaient notamment soulevé la nécessité de limiter les effets dans le temps de l'arrêt. « Un tel arrêt engendrerait des conséquences graves en termes de sécurité juridique non seulement pour elles, mais également pour l'ensemble des entreprises ayant, de bonne foi, réalisé des opérations de concentration sous les seuils, opérations qui seraient désormais susceptibles d'être mises en cause devant les autorités ou les juridictions nationales sur le fondement de l'article 102 TFUE » (pt 55 de l'arrêt).

En effet, lorsque la Cour éclaire et précise une règle de droit dans le cadre d'une question préjudicielle, sa signification et sa portée ont un effet rétroactif : il s'agit de l'interprétation qui aurait dû être comprise et appliquée depuis la date de l'entrée en vigueur de la règle. Cela signifie, en pratique, que l'article 21§1 du règlement ainsi interprété peut et doit être appliqué par le juge à des rapports juridiques nés et constitués avant le prononcé de l'arrêt (CJUE, 24 novembre 2020, Openbaar Ministerie, C-510/19, pt 73). Dit autrement, les concentrations qui ont eu lieu avant le 23 mars 2023, et qui répondent aux conditions posées par la Cour de justice, sont susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement de l'article 102 TFUE.

Une seule exception à ce principe est possible. La Cour peut, par application du principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique de l'Union, limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée, sous deux conditions : la bonne foi des milieux intéressés et le risque de troubles graves (CJUE, 24 novembre 2020, Openbaar Ministerie, C-510/19, pt 74). En l'espèce, toutefois, la Cour fait preuve d'une grande rigueur. D'abord, elle estime que les entreprises ne sauraient utilement faire valoir qu'elles pouvaient s'attendre à ce que l'opération de concentration en cause dans l'affaire au principal ne serait pas examinée sous l'angle de l'article 102 TFUE en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée juridique de cet article du TFUE. Ensuite, elle juge qu'aucun risque de troubles graves n'était en cause.

A ce sujet, une discussion devrait être engagée autour des sanctions et des injonctions qui pourront être prononcées. Selon la Cour, la mise en œuvre de l'article 102 TFUE n'implique pas nécessairement la remise en cause de la concentration, puisque, en application du principe de proportionnalité, une mesure correctrice prise sur le fondement de la violation de l'article 102

TFUE ne devrait pas conduire à une annulation de la concentration, mais à une condamnation à une amende. Effectivement, l'article 7 du règlement 1/2003 limite fortement les mesures de nature structurelle et précise qu'une mesure structurelle « ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérerait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle ». L'on peut toutefois considérer que ce raisonnement est un peu rapide. D'abord, on peut raisonnablement se demander si une mesure comportementale pourra utilement mettre fin à une infraction de nature structurelle. Ensuite, rappelons que les législations nationales, sous l'impulsion de la directive ECN+, ouvrent de nouvelles perspectives quant au prononcé d'injonctions structurelles (Ord. n° 2021-649 du 26 mai 2021).

Malgré cela, les juges estiment qu'en l'absence de risque de troubles graves il n'y a pas lieu de limiter dans le temps les effets du présent arrêt... et il n'aura pas fallu patienter longtemps puisque le 22 mars 2023, l'auditeur général de l'Autorité belge de la concurrence a annoncé avoir ouvert une instruction concernant un éventuel abus de position dominante du fait de l'acquisition par l'entreprise Proximus de l'entreprise Edpnet (A. Ronzano, « Abus : L'auditeur général de l'Autorité belge de la concurrence ouvre une instruction concernant un possible abus de position dominante du fait d'une acquisition en appliquant la jurisprudence Towercast (Proximus / Edpnet », Concurrences N° 1-2023, Art. N° 111960). Reste à déterminer comment l'autorité française de la concurrence se saisira de cet arrêt, alors qu'elle soulignait en 2018 qu'un contrôle *ex post*, et, plus particulièrement, l'application de la jurisprudence Continental Can dans un contexte où un contrôle des concentrations *ex ante* existe, se heurteraient à plusieurs principes fondamentaux à valeur constitutionnelle et poseraient de nombreuses difficultés pratiques...

M. C