Rachat d'Itas par TDF : saisie par Towercast, l'Autorité considère que l'abus de position dominante de TDF n'est pas établi

Publié le 16 janvier 2020

L'Autorité a été saisie par Towercast d'une saisine dirigée contre TDF, qui mettait en cause le rachat par TDF de la société Itas réalisé en octobre 2016. Cette opération avait été réalisée sans être soumise à autorisation obligatoire par l'Autorité, les seuils de notification n'étant pas franchis.

L'Autorité a considéré qu'une telle opération de concentration ne pouvait être constitutive d'un abus de position dominante.

La saisine

En novembre 2017, Towercast a saisi l'Autorité de la concurrence du caractère abusif de la prise de contrôle de la société Itas par TDF.

Elle contestait le rachat par TDF d'Itas, l'un de ses derniers concurrents sur le marché de la diffusion hertzienne, en tant qu'il aggravait la position dominante de TDF sur ce marché. L'opération de rachat d'Itas par TDF avait pu être réalisée en octobre 2016, sans être soumise à autorisation préalable, faute de franchir les seuils français et européens de notification, fixés en niveau de chiffres d'affaires. Elle n'avait ainsi pas fait l'objet d'un examen par les autorités française et européenne de concurrence au titre du contrôle des concentrations.

La saisine de Towercast considérait que l'opération était néanmoins constitutive, par elle-même, d'un abus de position dominante de la part de TDF. Cette

entreprise, qui bénéficie d'une dominance sur les marchés de gros amont et aval de la diffusion de la TNT, aurait entravé la concurrence par le renforcement significatif de sa position. L'argumentation était, notamment, fondée sur un arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973, rendu dans l'affaire dite « Continental Can ».

Le principe posé par l'arrêt de la CJCE de 1973 « Continental Can »

A une époque où il n'existait pas de mécanisme européen soumettant à contrôle préalable obligatoire les concentrations d'entreprises, la Commission européenne[1] a considéré, sur le fondement de l'article 86 du traité CEE (devenu article 102 du TFUE), que la société Continental Can avait abusé de sa position dominante en acquérant un de ses concurrents, éliminant ainsi pratiquement la concurrence sur le marché concerné dans une partie substantielle du marché européen.

La Cour de justice[2] avait alors confirmé la possibilité d'appliquer l'article 86 du traité CEE (devenu article 102 TFUE) aux opérations de concentrations, en retenant qu'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* ». Elle avait cependant annulé en l'espèce la décision rendue par la Commission européenne au motif que la décision n'avait pas *« établi à suffisance de droit les faits et appréciations sur lesquelles elle [était] fondée* ».

Un dispositif de contrôle obligatoire et préalable des concentrations européen a été mis en place, postérieurement à l'arrêt Continental Can

L'Autorité relève que postérieurement à l'arrêt Continental Can, un dispositif de contrôle préalable obligatoire des concentrations a été introduit, au niveau

européen, par le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, puis modifié par le règlement 139/2004, actuellement en vigueur.

Ce système européen de contrôle des concentrations permet notamment aux autorités de concurrence nationales de renvoyer des opérations à la Commission européenne, dans les conditions fixées par l'article 22 du règlement 139/2004, même lorsqu'elles sont « sous les seuils » nationaux de notification obligatoire, afin qu'elles puissent être examinées par cette dernière. Il est à noter que cette possibilité n'a pas été utilisée dans le cas de l'opération en litige.

Lors de l'adoption du règlement n° 4064/89, le Conseil et la Commission ont déclaré que, « *pour des raisons impérieuses de sécurité juridique, ce nouveau règlement sera seul et à titre exclusif applicable aux concentrations* (…) ».

Actuellement, le règlement 139/2004 précise dans son article 21, paragraphe 1, que les règlements d'application des articles 101 et 102 du TFUE ne sont pas applicables aux concentrations, telles que définies à son article 3.[3]

L'adoption de ce système européen de contrôle des concentrations conduit donc à écarter l'application de l'article 102 du TFUE à une opération de concentration telle que celle qui était contestée.

En droit interne, il ressort de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité, que les procédures applicables aux concentrations d'une part, et à la répression des pratiques anticoncurrentielles d'autre part, sont également incompatibles et inconciliables entre elles. L'Autorité ne peut donc, sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, considérer qu'une concentration, même si celle-ci n'atteint pas les seuils nationaux fixés à l'article L. 430-2 du code de commerce imposant une notification obligatoire, constitue, en elle-même, un abus de position dominante.

L'opération ne peut, compte tenu de la portée des dispositions applicables, être ainsi constitutive, en elle-même, d'un abus de position dominante au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce. Il ne peut, par ailleurs, être fait application de l'article L. 430-9 du code de commerce, aucun comportement détachable de la concentration elle-même n'ayant été

démontré.

Les pratiques dénoncées n'étant pas établies, l'Autorité a donc considéré qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure.

[1]Décision de la Commission européenne du 9 décembre 1971, Continental Can Company, 72/21/CEE.

[2]Arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973, Continental Can Company e.a., C-6/72, Rec. 1973 00215, point 26.

[3]La seule exception prévue dans cette disposition concerne les entreprises communes qui n'ont pas de dimension communautaire et qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes.

20-D-01 DU 16 JANVIER 2020

relative à une pratique mise en oeuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision numérique terrestre

Consulter le texte intégral de la décision

Contact(s)

Virginie Guin
Directrice de la communication

01 55 04 02 62
Contacter par mail

Yannick Le Dorze
Adjoint à la directrice de la communication
01 55 04 02 14
Contacter par mail