



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° G 25-10.066	
Décision attaquée : 27 juin 2024 de la cour d'appel de Paris	

Le président Autorité de la concurrence C/ La société Towercast	
Jean Lecaroz, avocat général	AVIS de l'avocat général

Le 15 novembre 2017, la société Towercast a déposé une plainte auprès de l'Autorité de la Concurrence (l'Autorité) à propos du rachat de la société Itas par la société TDF. Elle exposait que cette prise de contrôle renforçait significativement la position dominante des sociétés TDF, opérateurs historiques, sur le marché de la diffusion de la télévision numérique terrestre, et caractérisait un abus de position dominante prohibé par l'article 102 du TFUE.

Le 25 juin 2018, a été notifié aux sociétés TDF et Tivana le grief, « à la date du 13 octobre 2016, en tant que constituant une seule entreprise au sens du droit de la concurrence, d'avoir abusé de la position dominante détenue par celle-ci sur le marché de gros aval des services de diffusion de la TNT, en prenant le contrôle exclusif du groupe Itas. Cette pratique est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion de la TNT. Elle est prohibée par l'article L 420-2 du code de commerce et par l'article 102 TFUE ».

Par sa décision n° 20-D-01 du 16 janvier 2020, l'Autorité a estimé que la pratique d'abus de position dominante n'était pas établie et qu'il n'y avait donc pas lieu à poursuivre la procédure. Elle a retenu que l'adoption du règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des concentrations créait un cadre harmonisé dans lequel devaient exclusivement être analysées les concentrations. L'application de l'article 102 du TFUE à ces opérations, possibilité dégagée par l'arrêt Continental Can (CJCE 21 février 1973, aff. C-6/72), était rendue obsolète par l'adoption du règlement et, à sa suite, du règlement (CE) n° 139/2004.

Saisie d'un recours de Towercast contre la décision, la cour d'appel a, par un arrêt du 1^{er} juillet 2021, posé une question préjudicielle sur ces points à la CJUE. Cette dernière (CJUE 16 mars 2023, Towercast c/ Autorité de la concurrence, aff. C-449/21) a invalidé la position retenue par l'Autorité, tant par une interprétation du règlement concentrations que par un rappel du fait qu'un acte de droit dérivé, tel que le règlement, ne saurait modifier le champ d'application d'un article des traités comme l'article 102 du TFUE.

Dans l'arrêt attaqué (Paris, 27 juin 2024, n° 20/04300), la cour d'appel en a tiré les conséquences en annulant la décision de l'Autorité de la concurrence. Saisie de la plainte de Towercast, par l'effet dévolutif de l'appel, la cour d'appel devait se prononcer sur la qualification du rachat en abus de position dominante. Or, selon l'arrêt Continental Can, une concentration n'était un abus de position dominante que s'il en résulte « que toute chance sérieuse de concurrence serait substantiellement écartée » (CJCE 21 février 1973, aff. C-6/72, préc., pt 25). Ce constat de fait ne pouvait être dressé que sur la base d'un dossier d'instruction fournissant les éléments permettant une analyse de la situation d'ensemble du marché. Constatant l'écoulement de cinq années entre l'établissement du rapport d'instruction et le moment où elle devait statuer, la cour d'appel a estimé qu'il fallait opérer un renvoi devant l'Autorité de la concurrence pour instruction complémentaire.

Au point 68 de cette décision, elle a précisé que « il convient de renvoyer l'affaire à l'Autorité pour instruction complémentaire, afin d'analyser en particulier :

- l'évolution du marché de gros de la diffusion de la TNT depuis l'établissement du rapport des services de l'instruction (il y a plus de cinq ans) ;
- l'évolution de la concurrence, actuelle et potentielle, sur ce marché, à la fois par les services et les infrastructures (notamment, le volume et la répartition des points de service entre les diffuseurs ; la part de la diffusion, depuis des sites de TDF, des points de service du ou des diffuseurs alternatifs et la tarification pratiquée à ce titre par TDF ; la couverture du déploiement de sites alternatifs à ceux de TDF ; le nombre de sites de TDF non répliquables ou réputés comme tels, de ceux répliquables et de ceux déjà répliqués) ;
- la trajectoire et les performances respectives de TDF et de Towercast sur ledit marché (notamment, leurs parts de marché et leurs chiffres d'affaires). »

Par un arrêt interprétatif du 5 décembre 2024 (RG n° 24/14636), la cour d'appel a précisé que ce renvoi devant l'Autorité doit être compris en ce sens que la cour d'appel a renvoyé l'affaire pour les seuls besoins de l'instruction complémentaire, selon les modalités précisées au paragraphe 68 de l'arrêt interprété, sans se dessaisir de l'affaire au fond, de sorte que la procédure se poursuivra devant la cour d'appel une fois l'instruction complémentaire achevée, afin que celle-ci statue sur le bien-fondé du grief notifié.

Ces arrêts de la cour d'appel de Paris ont fait l'objet de trois pourvois qui, au jour de la rédaction du présent avis, connaissent des orientations différentes aux audiences du 12 mai 2026 :

- le pourvoi n° B 25-10.037 formé par les sociétés TDF et Tivana, dirigés contre le seul arrêt interprétatif, orienté en FR 1014, cette orientation ayant étant approuvée par l'avocat général,
- le pourvoi n° F 24-17.949 formé par la société Towercast, dirigé contre le premier arrêt de la cour d'appel de Paris avant l'arrêt interprétatif ; un avis distinct de l'avocat général a

été rédigé dans ce pourvoi, concluant, comme le Ministre et les sociétés TDF, à ce que ce pourvoi soit déclaré sans objet en raison de l'arrêt interprétatif intervenu depuis ;

- le présent pourvoi qui porte sur l'interprétation donnée à la cour d'appel de son renvoi de l'affaire pour instruction complémentaire par l'Autorité sur le fondement des griefs notifiés, sans dessaisissement de la cour.

Le présent pourvoi vous oblige à choisir entre, d'une part, la position de l'Autorité, selon laquelle le renvoi du dossier auprès d'elle ne pouvait pas intervenir sauf à ce qu'elle instruisse de nouveau et statue de nouveau sur les infractions alléguées par la plainte et, d'autre part, la position de la société Towercast reprise par la cour d'appel dans son arrêt interprétatif, selon laquelle ce renvoi est strictement cantonné à la réalisation d'une instruction, la cour d'appel restant saisie du litige par l'effet dévolutif du recours en appel ayant entraîné l'annulation de la décision de l'Autorité.

1.- Sur la recevabilité du pourvoi

La recevabilité du pourvoi formé par le Président de l'Autorité est contestée sur le fondement des articles 150 et 606 du code de procédure civile.

Cependant, l'application de ces articles qui obligent à retarder le pourvoi dirigé contre les mesures d'instruction au jour où un pourvoi contre la décision sur le fond intervient, sauf dans les cas spécifiés par la loi, suppose encore que l'arrêt interprétatif soit qualifié de simple mesure d'instruction. Or la réponse à cette question suppose en tout état de cause que vous répondiez au pourvoi, soit au titre de la recevabilité, soit au fond, ce qui ne change rien.

Par ailleurs, comme le relève M. le rapporteur, vous statuez sur la recevabilité du pourvoi en cas de cassation. Si vous deviez adopter un arrêt de rejet, comme nous vous y invitons, il ne vous sera pas nécessaire de statuer sur la recevabilité du pourvoi.

Nous sommes donc d'avis de ne pas déclarer irrecevable le pourvoi du Président de l'Autorité.

2.- Sur l'absence de dessaisissement de la cour d'appel de Paris en présence d'une notification des griefs

Eu égard à l'effet dévolutif d'un recours en annulation ou en réformation contre une décision de l'Autorité, il appartient à la cour d'appel de se prononcer sur le grief invoqué, sauf à renvoyer l'affaire à l'Autorité pour instruction complémentaire (Com. 26 février 2008, n° 07-14.126, Société Brenntag c/ Société Gaches chimie, Bull. civ. IV, n° 44). ¹

Cet effet dévolutif du recours en appel fait obligation à la cour de statuer sur le fond du litige quand elle a annulé la décision de l'Autorité sans remettre en cause la notification des griefs. La cour d'appel doit statuer sur l'affaire après avoir annulé la décision de l'Autorité (Com. 27 sept. 2005, n° 04-16.677, 04-16.678 et 04-16.713). L'élément fondamental est la notification des griefs. Si celle-ci n'a pas été annulée par la cour d'appel, l'obligation pour cette dernière de statuer sur le fond du grief ne souffre pas d'exception. Pour employer un lexique de procédure pénale, l'accusation étant toujours valide, il faut rendre un verdict. ²

Il est dès lors possible que la cour d'appel ait besoin d'une instruction complémentaire pour statuer. Elle peut alors renvoyer le dossier à l'Autorité afin qu'elle use des pouvoirs

d'enquête qu'elle tire de l'article L. 450-1 du code de commerce. Mais ce renvoi ne peut concerner que l'instruction.

Les situations relevées par l'Autorité dans son argumentaire, dans lesquelles la cour d'appel a renvoyé le dossier entièrement à l'Autorité, concernent des situations dans lesquelles une notification des griefs n'avait pas eu lieu, comme c'est le cas d'une annulation de décision de rejet de plainte pour défaut d'éléments suffisamment probants.

Comme l'écrit M. [O], ³ « Sur le plan des principes, cette solution apparaît logique. En tant qu'exception, l'arrêt de 2008 devait être interprété strictement. Par ailleurs, du point de vue des droits de l'entreprise mise en cause, celle-ci serait potentiellement soumise à trois jugements successifs sur les mêmes griefs : deux de l'Autorité et un de la cour d'appel en cas de recours contre la seconde décision de l'Autorité. La justification de l'exception apportée par l'arrêt de 2008 étant de ne pas mettre la cour d'appel dans la situation de devoir « mettre fin aux poursuites en l'absence d'éléments probants et ainsi de facto confirmer la décision du Conseil » (B. Cheynel, Effet dévolutif de l'appel et renvoi du dossier à l'instruction, RLC 2008, n° 15), un renvoi aux seules fins de l'instruction est suffisant. »

Le même auteur détaille les solutions qui devraient être dégagées, si vous deviez rejeter le pourvoi :

- Si la cour d'appel annule une décision de l'Autorité, et s'il ne subsiste pas de communication des griefs valide, elle doit renvoyer le dossier à l'Autorité pour le tout ; il ne saurait être statué sans communication des griefs selon la procédure prévue par l'article L. 463-2 du code de commerce, procédure que ne peut pas mettre en œuvre la cour d'appel ;
- Si la cour d'appel annule la décision de l'Autorité, mais qu'une communication des griefs subsiste, la cour ne pourra jamais refuser de se prononcer sur le fond. Toutefois, il faudra distinguer deux situations. Soit elle dispose des éléments de fait suffisants pour le faire, auquel cas elle pourra directement statuer. Soit elle ne dispose pas de ces éléments car l'instruction a été annulée (Com. 26 février 2008, n° 07-14.126, préc.) ou est devenue insuffisante et doit être complétée, comme l'a jugé l'arrêt interprété. Dans ce cas, si elle ne dispose pas des éléments de fond, elle peut demander des mesures d'instruction prévues par le code de procédure civile, ou bien renvoyer à l'Autorité pour procéder à une instruction complémentaire en usant des moyens prévus par le titre V du livre IV du code de commerce.

Cette manière d'instruire a été critiquée par le Président de l'Autorité principalement à trois titres :

- il serait nécessaire de fixer les principes de la jurisprudence Continental Can, ce qui suppose d'apprécier les opérations de concentration sous les seuils ;
- ensuite, en l'absence de renvoi, l'Autorité ne pourrait pas arrêter sa position ; le collège ne s'étant pas prononcé sur la qualification de la pratique et sur la pertinence des moyens et arguments développés par les parties ;
- enfin, il serait porté une atteinte à l'indépendance de l'Autorité.

Mais, en premier lieu, l'Autorité s'est déjà positionnée sur la jurisprudence Towercast au moins dans un avis et deux de ses décisions :

- dans son avis n° 25-A-12 du 13 octobre 2025 relatif aux conditions de fixation du prix des médicaments vétérinaires et à l'évolution du coût des soins vétérinaires, l'Autorité de la concurrence adresse une mise en garde fondée sur la jurisprudence Continental Can ;

- dans sa décision n° 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'équarrissage, l'Autorité se fonde sur les jurisprudences Continental Can et Towercast pour prononcer un non-lieu. Comme le rappelle le résumé de cette décision rédigé par l'Autorité « Par cette décision, l'Autorité analyse, pour la première fois, une concentration réalisée, qui n'a pas fait l'objet d'une notification préalable au titre du contrôle des concentrations, au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce. Cette approche fait suite à l'arrêt Towercast, précité, qui a reconnu la possibilité, pour les autorités nationales, de contrôler a posteriori, sous certaines conditions, des opérations de concentration réalisées au regard de l'article 102 TFUE. » ⁴

- dans sa décision n° 25-D-06 du 6 novembre 2025 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la prise de rendez-vous médicaux en ligne et des solutions de téléconsultation médicale, l'Autorité a sanctionné un abus de position dominante résultant d'une concentration sous les seuils au titre de l'acquisition de la société MonDocteur par Doctolib (Communiqué Autorité de la concurrence, 6 novembre 2025).

En d'autres termes, l'affaire Towercast, si elle devait donner lieu à une instruction complémentaire sans que la cour d'appel ne soit dessaisie, n'interdit pas l'Autorité de fixer sa politique jurisprudentielle.

En deuxième lieu, l'Autorité s'est prononcée sur la pratique mais en commettant une erreur de droit ce que la cour d'appel a sanctionné en annulant à juste titre la décision de ne pas poursuivre la procédure. Le renvoi de l'affaire à l'Autorité pour qu'une nouvelle décision soit prise suppose de reconnaître un pouvoir de révision de l'Autorité sur une décision déjà rendue laquelle a eu pour effet de vider sa saisine.

En dernier lieu, le renvoi à l'Autorité pour instruction complémentaire n'a pas pour effet de la priver de son indépendance. C'est sous l'égide de la cour d'appel que l'Autorité doit mener ces investigations supplémentaires.

Nous concluons donc au rejet du pourvoi.

¹ Le sommaire de cette décision est ainsi rédigé : « C'est sans méconnaître les dispositions des articles L. 464-8 du code de commerce, 561 et 562 du code de procédure civile, que la cour d'appel, après avoir annulé une décision du Conseil de la concurrence en raison de l'insuffisance de l'instruction menée par ce dernier, lui renvoie l'affaire pour instruction complémentaire »

² M. [S] [O], Docteur en droit, juriste assistant, « Mise en évidence de la faculté de renvoi par la Cour d'appel de Paris d'une affaire pour instruction auprès de l'Autorité de la concurrence sans dessaisissement au fond », Dalloz actualité 10 février 2025

³ Idem

⁴ Voir spécialement les §§ 129 et suivants de cette décision