

Nos 414657, 414693

REPUBLIQUE FRANÇAISE

\_\_\_\_\_  
SOCIETE FNAC DARTY et autres  
\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS  
\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
M. Pierre Lombard  
Rapporteur  
\_\_\_\_\_

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 3ème et 8ème chambres réunies)

\_\_\_\_\_  
Mme Emmanuelle Cortot-Boucher  
Rapporteur public  
\_\_\_\_\_

Sur le rapport de la 3ème chambre  
de la Section du contentieux

\_\_\_\_\_  
Séance du 11 juillet 2018  
Lecture du 26 juillet 2018  
\_\_\_\_\_

Vu la procédure suivante :

1° Sous le n° 414657 :

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 27 septembre, 26 octobre et 17 novembre 2017 et le 22 juin 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Fnac Darty demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir les décisions du 28 juillet 2017 par lesquelles la présidente de l'Autorité de la concurrence, d'une part, a rejeté sa demande, présentée le 11 juillet 2017, tendant à la prolongation du délai d'exécution des engagements annexés à la décision de cette Autorité n° 2016-DCC-111 du 27 juillet 2016 et, d'autre part, a mis fin à la mission du mandataire chargé du contrôle de l'exécution de ces engagements ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Fnac Darty soutient que la présidente de l'Autorité de la concurrence :

- était incompétente pour adopter seule la première des décisions attaquées ;

- l'a adoptée au terme d'une procédure irrégulière et a méconnu les droits de la défense, faute pour cette décision d'avoir été prise à l'issue d'une procédure contradictoire ;
- l'a entachée d'insuffisance de motivation ;
- l'a entachée d'erreur manifeste d'appréciation et a dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle ne faisait pas état de circonstances exceptionnelles et indépendantes de sa volonté justifiant le caractère tardif de sa demande ;
- a méconnu la portée de la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 en faisant une application de la méthode du « scoring » pour évaluer le caractère agréable du groupe Dray ;
- a appliqué de façon discriminatoire la méthode du « scoring » au groupe Dray ;
- a commis une erreur d'appréciation en estimant que le groupe Dray ne pouvait, quels que soient ses projets de développement *ad hoc* et non contraignants, être considéré comme une grande surface spécialisée en produits bruns et gris et, à ce titre, ne constituait pas un repreneur agréable ;
- ne pouvait légalement mettre fin à la mission du mandataire chargé du contrôle de l'exécution des engagements annexés à la décision n° 2016-DCC-111 du 27 juillet 2016 dès lors que cette décision est fondée sur les refus de prolongation du délai d'exécution de ces engagements et d'agrément du groupe Dray pour la reprise des magasins Darty situés boulevard de Belleville et avenue de Saint-Ouen à Paris, qui sont tous deux illégaux.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 4 décembre 2017 et le 27 juin 2018, l'Autorité de la concurrence conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité de la requête et, à titre subsidiaire, à son rejet. Elle soutient qu'aucun des moyens de cette requête n'est fondé.

Par une mesure d'instruction supplémentaire du 16 mai 2018, la présidente de l'Autorité de la concurrence a été invitée à communiquer la carte des zones de chalandises de l'ensemble des magasins Fnac et Darty situés à moins de 6 km des magasins Darty de Beaugrenelle, Belleville et Saint-Ouen, avec le score de chacune de celles de ces zones pour lesquelles il a été calculé et le détail de ces calculs.

Par un mémoire, enregistré le 30 mai 2018, la présidente de l'Autorité de la concurrence a transmis des éléments de réponse.

Par une ordonnance du 15 juin 2018, la clôture de l'instruction a été fixée au 29 juin 2018.

La requête a été communiquée au Premier ministre qui n'a pas produit de mémoire.

2° Sous le n° 414693 :

Par une requête, un nouveau mémoire complémentaire et deux nouveaux en réplique, enregistrés le 28 septembre 2017, les 26 février, 30 mai et 29 juin 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. Richard Dray et les sociétés Galeries Cardinet, Les 3 D, et Terrada demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 28 juillet 2017 par laquelle la présidente de l'Autorité de la concurrence a rejeté la demande de la société Fnac Darty, présentée le 11 juillet 2017, tendant à la prolongation du délai d'exécution des engagements annexés à la décision de cette Autorité n° 2016-DCC-111 du 27 juillet 2016 ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence, à titre principal, en application des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, de délivrer l'agrément sollicité, dans un délai d'un mois ou, à titre subsidiaire, en application de l'article L. 911-2 du même code, de procéder à un nouvel examen de la demande d'agrément dans un délai d'un mois ;

3°) de mettre à la charge de l'Autorité de la concurrence la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

M. Dray et autres soutiennent que la présidente de l'Autorité de la concurrence :

- était incompétente pour adopter seule la décision attaquée ;
- a adopté la décision attaquée au terme d'une procédure irrégulière faute pour cette décision d'avoir été prise à l'issue d'une procédure contradictoire ;
- a entaché sa décision d'insuffisance de motivation ;
- a entaché sa décision d'erreur manifeste d'appréciation et dénaturé les pièces du dossier en estimant que la société Fnac Darty ne faisait pas état de circonstances exceptionnelles et indépendantes de sa volonté justifiant le caractère tardif de sa demande ;
- a adopté la décision attaquée en se fondant sur la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 qui était elle-même illégale ;
- a appliqué de façon discriminatoire la méthode du « scoring » au groupe Dray ;
- a commis une erreur d'appréciation en estimant que le groupe Dray ne pouvait, quels que soient ses projets de développement *ad hoc* et non contraignants, être considéré comme une grande surface spécialisée en produits bruns et gris et, à ce titre, ne constituait pas un repreneur agréable.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 4 décembre 2017 et le 21 juin 2018, l'Autorité de la concurrence conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité de la requête et, à titre subsidiaire, à son rejet. Elle soutient qu'aucun des moyens de cette requête n'est fondé.

Par une ordonnance du 15 juin 2018, la clôture de l'instruction a été fixée au 29 juin 2018.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code de commerce ;
- la décision du 1<sup>er</sup> février 2018 par laquelle le Conseil d'Etat statuant au contentieux a renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société Fnac Darty ;
- la décision n° 2018-702 QPC du 20 avril 2018 statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société Fnac Darty ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Pierre Lombard, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Emmanuelle Cortot-Boucher, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Célice, Soltner, Texidor, Perier, avocat de la société Fnac Darty et à la SCP Gadiou, Chevallier, avocat de M. Dray, de la société Galeries Cardinet, de la société Les 3 D et de la société Terrada.

Vu, sous le n° 414657, la note en délibéré, enregistrée le 12 juillet 2018 présentée par la société Fnac Darty.

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier que le 20 novembre 2015, la société Fnac, qui exerce son activité principalement dans les secteurs de la distribution des produits électroniques dits « bruns » (téléviseurs, équipements hi-fi et audio, appareils numériques, lecteurs DVD) et « gris » (micro-ordinateurs personnels, écrans, périphériques, téléphonie) et des produits dits « éditoriaux » (musique, vidéo, livres, jeux de société), a présenté une offre de prise de contrôle exclusif de la société Darty, qui exerce son activité essentiellement dans les secteurs de la distributions des produits électroniques dits « bruns » et « gris » ainsi que des produits électroménagers et des cuisines équipées. Par une décision n° 2016-DCC-111 du 27 juillet 2016,

l'Autorité de la concurrence a autorisé l'opération de concentration, sous réserve de la réalisation des engagements proposés par les parties notifiantes, consistant en la cession à des acteurs de la distribution de produits électroniques dits « bruns » et « gris », avant le 31 juillet 2017, de cinq magasins Darty situés en région parisienne, dont les magasins situés boulevard de Belleville et avenue de Saint-Ouen à Paris, ainsi que du magasin Fnac Beaugrenelle situé dans le quinzième arrondissement de Paris.

2. Pour la cession de ces magasins, les engagements prévoient que les repreneurs potentiels doivent être agréés par l'Autorité de la concurrence. A cette fin, ils prévoient également que l'Autorité approuve, sur proposition de Fnac, la désignation d'un mandataire chargé de conduire la procédure au terme de laquelle celle-ci arrête sa décision relative au choix des repreneurs des actifs que les sociétés Fnac et Darty se sont engagées à céder.

3. Le 11 juillet 2017, la société Fnac Darty a demandé à l'Autorité de la concurrence la prolongation, pour une durée de six mois, du délai d'exécution de ses engagements pour lui permettre, s'agissant du centre commercial Beaugrenelle, de substituer la cession du magasin Darty à celle de la Fnac. Par une première décision du 28 juillet 2017, la présidente de l'Autorité de la concurrence a rejeté cette demande et par une seconde décision du même jour, elle a mis fin à la mission du mandataire chargé du contrôle de l'exécution de ces engagements. La société Fnac Darty, sous le n° 414657, demande l'annulation pour excès de pouvoir de ces décisions tandis que, sous le n° 414693, M. Dray et les sociétés Galeries Cardinet, Les 3 D, et Terrada demandent l'annulation pour excès de pouvoir de la première d'entre elles. Il y a lieu de joindre leurs requêtes pour statuer par une seule décision.

Sur la décision de rejet de la demande de prolonger le délai d'exécution des engagements :

En ce qui concerne la légalité externe :

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 461-3 du code de commerce : « *Le président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les décisions (...) de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article L. 430-7 ou (...) décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures* ». Aux termes de l'article L. 430-7 de ce même code : « *III. - L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée : / - soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ; / - soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. / Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties. / Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations. / IV. - Si l'Autorité de la concurrence n'entend prendre aucune des décisions prévues au III, elle autorise l'opération par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification* ».

5. Il résulte des dispositions, citées au point 4, de l'article L. 461-3 du code de commerce, éclairées par les travaux parlementaires, d'une part, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel dans les motifs qui constituent le support nécessaire de sa décision n° 2018-702 QPC du 20 avril 2018 les déclarant conformes à la Constitution, qu'elles visent à assurer l'exécution effective et rapide des décisions d'autorisation ou d'interdiction de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des opérations de concentration, en permettant à son président, ou à un vice-président, dans le respect de ces décisions, de se prononcer seul, lorsque l'affaire ne présente pas de difficultés particulières ou lorsque des exigences de délai le justifient. Il peut notamment prendre seul les décisions rejetant ou faisant droit aux demandes de prolongation de délais d'engagements ainsi que d'agrément des repreneurs.

6. Il ressort des pièces du dossier qu'alors que les engagements de cession figurant dans la décision du 27 juillet 2016 devaient être exécutés avant le 31 juillet 2017 par la société Fnac Darty, ce n'est que le 11 juillet 2017 que cette société a demandé à l'Autorité de la concurrence le report de cette échéance. Compte tenu du délai de trois semaines ainsi imparti à l'Autorité de la concurrence pour se prononcer sur cette demande, sa présidente était compétente pour prendre la décision contestée en application des dispositions citées au point 4.

7. En deuxième lieu, si, aux termes du III de l'article L. 430-7 du code de commerce « *le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations mais qui ne vaut, compte tenu de son emplacement, que pour les décisions interdisant ou autorisant des concentrations* » et aux termes de l'article L 463-1 du même code « *l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4* », ces dispositions qui ne sont respectivement applicables qu'aux décisions interdisant ou autorisant des opérations de concentrations et à celles qui sont prises en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, ne peuvent être utilement invoquées par M. Dray et autres.

8. En troisième lieu, d'une part, contrairement à ce que la société Fnac Darty soutient, la décision attaquée, qui se borne à refuser de prolonger le délai d'exécution de ses engagements, ne saurait automatiquement conduire l'Autorité de la concurrence à lui infliger une sanction pour avoir méconnu ceux-ci. Par suite, le moyen tiré de ce qu'elle aurait dû, pour ce motif, être précédée d'une procédure contradictoire, doit être écarté.

9. D'autre part, la décision attaquée, qui se borne à rejeter la demande présentée par Fnac Darty en vue d'obtenir la prolongation du délai d'exécution de l'un des engagements qu'elle a souscrits, ne produit aucun effet de droit à l'égard du groupe Dray. Par suite, le moyen tiré, au regard des droits de la défense, de ce que la décision attaquée aurait dû donner lieu à une procédure contradictoire conduite avec le groupe Dray, au motif que celui-ci a été affecté dans ses droits par la décision contestée, n'est pas fondé.

10. En dernier lieu, le moyen tiré de ce que la décision attaquée serait insuffisamment motivée manque en fait dès lors qu'elle énonce les motifs de droit et de fait sur lesquels elle se fonde

En ce qui concerne la légalité interne :

11. Aux termes des points 47 et 48 des engagements annexés à la décision n° 16 DCC-111 du 27 juillet 2016, décision individuelle dont la légalité ne peut plus utilement être contestée, « toute demande de prolongation de délais devra être soumise à l'Autorité au plus tard un (1) mois avant l'expiration du délai concerné, exposant ses motifs légitimes. / Fnac pourra demander une prolongation au cours du dernier mois du délai, seulement si des circonstances exceptionnelles le justifient ».

12. Dans la décision contestée, la présidente de l'Autorité de la concurrence a indiqué que la demande de prolongation de délai présentée par la société Fnac Darty sur le fondement des dispositions précitées n'était « pas acceptable à plus d'un titre », à savoir, d'une part, que bien qu'elle ait présenté sa demande moins d'un mois avant l'expiration du délai, elle n'avait avancé aucune circonstance exceptionnelle la justifiant et, d'autre part, que le groupe Dray, qui préférait exploiter le magasin Darty plutôt que le magasin Fnac du centre commercial Beaugrenelle, ne remplissait « prima facie » pas les conditions permettant de reprendre le magasin Fnac. Le premier de ces deux motifs suffit, s'il est fondé, à justifier le rejet de la demande en cause.

13. La notion précitée de « circonstances exceptionnelles », qui est mentionnée au point 48 des engagements annexés à la décision n° 16 DCC-111 du 27 juillet 2016 dont la rédaction reprend celle du modèle type de la clause de réexamen défini dans le modèle d'engagements de cession prévu par les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, doit être interprétée en se référant aux paragraphes 306 et 307 de ces lignes directrices, aux termes desquelles : « *Dans des circonstances exceptionnelles, les parties qui ont souscrit des engagements peuvent être conduites à en proposer le réexamen par l'Autorité. / Si des parties, qui s'étaient engagées à céder une activité dans un délai imparti, envisagent de demander une prolongation de ce délai, il leur appartient de démontrer que le non-respect de cet engagement résulte de raisons totalement indépendantes de leur volonté, et qu'elles restent en mesure de céder l'activité dans un délai rapide* ».

14. Il ressort des pièces du dossier, ainsi qu'il a été dit au point 6 ci-dessus, qu'alors que les engagements de cession figurant dans la décision du 27 juillet 2016 devaient être exécutés avant le 31 juillet 2017 par la société Fnac Darty, ce n'est que le 11 juillet 2017 que cette société a demandé à l'Autorité de la concurrence le report de cette échéance, afin d'être en mesure de proposer à l'Autorité de substituer l'engagement de cession du magasin Fnac du centre commercial Beaugrenelle par un engagement visant à céder le magasin Darty du même centre commercial que le groupe Dray préférait exploiter. Toutefois, alors que cette demande de la société Fnac Darty de prolonger le délai d'exécution de ses engagements de cession est intervenue au cours du dernier mois qui lui était imparti, cette demande n'était justifiée par aucune circonstance exceptionnelle. En particulier, le refus du franchiseur « But City » d'autoriser le groupe Dray à exploiter le magasin Fnac Beaugrenelle en franchise, intervenu le 26 juin 2017, ne saurait constituer un élément totalement indépendant de la volonté de la société Fnac Darty au sens des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence dans la mesure où cette société, parfaitement consciente de ce risque, était en mesure de demander une prolongation du délai d'exécution de cet engagement avant le dernier mois du délai qui lui était imparti. Il en va de même du recours formé par la société Beaugrenelle Patrimoine à l'encontre de la décision du 27 juillet 2016 en tant qu'elle portait sur l'engagement de céder le même magasin dès lors que la société Fnac Darty avait été informée de l'existence de ce recours dès le 24 février 2017 par le greffe de la 3<sup>ème</sup> chambre de la section du Contentieux. Au demeurant, le service des concentrations de l'Autorité de la concurrence avait, dès le mois de décembre 2016, invité la

société Fnac Darty à solliciter une demande de substitution des magasins à céder dans ce centre commercial.

15. Il y a donc lieu d'écarter le moyen tiré de ce que la présidente de l'Autorité aurait entaché sa décision d'erreur d'appréciation et d'erreur de fait, en rejetant la demande dont elle était saisie au motif que celle-ci n'était pas justifiée par des circonstances exceptionnelles.

16. Il résulte donc de l'instruction que la présidente de l'Autorité aurait pris la même décision si elle s'était uniquement fondée sur ce motif.

17. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les moyens soulevés par les requérants à l'encontre du second motif sur lequel la décision contestée est fondée, que les requérants ne sont pas fondés à en demander l'annulation.

Sur la décision informant la société Fnac Darty de la fin de la mission du mandataire :

18. Il résulte de ce qui précède ainsi que de la décision du Conseil d'Etat n°s 414654, 414689 du même jour que doit être écarté le moyen tiré de ce que la décision du 28 juillet 2017 informant la société Fnac Darty de la fin de la mission du mandataire indépendant chargé du contrôle des engagements devrait être annulée par voie de conséquence de l'annulation des décisions de la présidente de l'Autorité de la concurrence refusant de prolonger le délai d'exécution des engagements pris par la société Fnac Darty et d'agréer le groupe Dray pour la reprise des magasins Darty situés boulevard de Belleville et avenue de Saint-Ouen. Par suite, la société Fnac Darty n'est pas fondée à demander l'annulation de cette décision du 28 juillet 2017.

19. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les fins de non-recevoir opposées par l'Autorité de la concurrence, les conclusions d'excès de pouvoir de la société Fnac Darty et de M. Dray et autres doivent être rejetées ainsi que, par voie de conséquence, les conclusions à fin d'injonction de ces derniers. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'Autorité de la concurrence qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Les requêtes de la société Fnac Darty et de M. Dray et autres sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'Autorité de la concurrence, à la société Fnac Darty, à M. Richard Dray et aux sociétés Galeries Cardinet, Les 3 D, et Terrada.

Copie sera adressée au Premier ministre

Délibéré à l'issue de la séance du 11 juillet 2018 où siégeaient : M. Rémy Schwartz, président adjoint de la section du contentieux, présidant ; Mme Caroline Martin, M. Pierre Collin, présidents de chambre ; M. Patrick Stefanini, M. Jean-Claude Hassan, M. Frédéric Aladjidi, M. Frédéric Lenica, conseillers d'Etat ; Mme Anne Egerszegi, maître des requêtes et M. Pierre Lombard, maître des requêtes-rapporteur.

Lu en séance publique le 26 juillet 2018.

Le Président :  
Signé : M. Rémy Schwartz

Le rapporteur :  
Signé : M. Pierre Lombard

Le secrétaire :  
Signé : Mme Elisabeth Ravanne

La République mande et ordonne au ministre de l'action et des comptes publics en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Pour le secrétaire du contentieux, par délégation :