

Nos 414654, 414689

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° 414654 :

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 27 septembre, 19 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 la décision du 28 juillet 2017 par laquelle la présidente de l'Autorité de la concurrence a refusé d'agréer la cession au groupe Dray des points de vente exploités sous l'enseigne Darty situés 25-35 boulevard de Belleville (75011 Paris) et 125-127 avenue de Saint-Ouen (75017 Paris) et visés dans la lettre des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 par laquelle l'Autorité de la concurrence a autorisé, sous réserve de ces engagements, la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac ;

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 décision attaquée ;
- a adopté la décision attaquée au terme d'une procédure irrégulière et méconnu les droits de la défense, faute pour cette décision d'avoir été prise à l'issue d'une procédure contradictoire ;
- a entaché sa décision d'insuffisance de motivation ;
- a commis une erreur de droit en faisant une application de la méthode du « scoring » qui ne correspondrait pas aux finalités de cette méthode telles que décrites dans la décision d'autorisation de concentration ;
- 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 l'agrément des repreneurs concernés par les engagements de cession ;
- a appliqué de façon discriminatoire la méthode du « scoring » au groupe Dray ;
- a commis une erreur d'appréciation en estimant que le groupe Dray n'était pas une grande surface spécialisée en produits bruns et gris et, à ce titre, ne constituait pas un repreneur pouvant être agréé dans les zones concernées.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 4 décembre 2017 et 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 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.

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

2° Sous le n° 414689 :

Par une requête, un mémoire complémentaire et deux mémoires 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 refusé d'agréer la cession au groupe Dray des points de vente exploités sous l'enseigne Darty situés au 25-35 boulevard de Belleville (75011 Paris) et au 125-127 avenue de Saint-Ouen (75017 Paris) et visés dans la lettre des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 par laquelle l'Autorité de la concurrence a autorisé, sous réserve de ces engagements, la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac ;

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 10 000 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 entaché sa décision d'insuffisance de motivation ;
- a adopté la décision attaquée au terme d'une procédure irrégulière et méconnu les droits de la défense, faute pour cette décision d'avoir été prise à l'issue d'une procédure contradictoire ;

- a appliqué la méthode du « scoring » résultant de la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 alors que cette décision était illégale, faute pour l'Autorité de la concurrence d'avoir explicité les critères permettant de fixer le seuil à partir duquel le score d'une zone de chalandise impose la prise d'un engagement de cession ;

- a commis une erreur d'appréciation doublée d'une discrimination illégale en réservant la reprise des magasins Darty à des opérateurs spécialisés, alors que cette condition n'était pas prévue par la décision de 2016 ;

- a commis une erreur d'appréciation en estimant que l'agrément sollicité ne pouvait être accordé à son bénéficiaire.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 4 décembre 2017 et le 21 juin 2018, l'Autorité de la concurrence conclut au rejet de la requête. 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.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- la décision du 1^{er} 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 ;
- la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ;
- 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 numéro 414654, 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 10 mai 2017, la société Fnac Darty a sollicité l'agrément du groupe Dray pour acquérir les magasins Darty situés boulevard de Belleville et avenue de Saint-Ouen à Paris. Par une décision du 28 juillet 2017, la présidente de l'Autorité de la concurrence a rejeté cette demande au motif que les conditions d'agrément énoncées dans la décision d'autorisation du 27 juillet 2016 n'étaient pas réunies. La société Fnac Darty, sous le n° 414654, ainsi que, sous le n° 414689, M. Dray et les sociétés Galeries Cardinet, Les 3 D et Terrada demandent l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision. Il y a lieu de joindre leurs requêtes pour statuer par une seule décision.

Sur la fin de non-recevoir opposé par l'Autorité de la concurrence à la société Fnac Darty :

4. Aux termes de l'article L. 430-7 du code de commerce: « I. - *Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence prend une décision dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de celui-ci. / (...) 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 ». Aux termes de l'article L. 461-3 de ce même code, dans sa rédaction résultant de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : « *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 (...) nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures* ».*

5. Les mesures relatives à la révision ou à la mise en œuvre des engagements annexés à une décision d'autorisation de concentration se rattachent, par nature, à cette décision d'autorisation et non à une éventuelle procédure pouvant aboutir au prononcé d'une sanction, que l'Autorité de la concurrence serait par ailleurs susceptible de déclencher à l'encontre des parties bénéficiant cette autorisation. Par suite, la fin de non-recevoir, soulevée par l'Autorité de

la concurrence, tirée de ce que la décision attaquée ne serait pas détachable de la procédure de respect du contrôle des engagements pouvant aboutir au prononcé d'une sanction doit être écartée.

Sur la légalité externe :

6. En premier lieu, 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 des décisions rejetant ou faisant droit aux demandes de prolongation de délais d'engagements ainsi que d'agrément des repreneurs.

7. Il ressort des pièces du dossier que l'Autorité de la concurrence n'était en l'état de se prononcer, comme l'exige le (viii) du point 34 des engagements annexés à cette décision, sur le caractère approprié et l'indépendance de l'acquéreur proposé, la viabilité des actifs cédés après la cession et la conformité de la proposition aux conditions et obligations de la décision, qu'à compter du 3 juillet 2017, date à laquelle elle a disposé d'un avis motivé complet du mandataire et alors même que la demande d'agrément du groupe Dray pour la reprise des magasins Darty du boulevard de Belleville et de l'avenue de Saint-Ouen lui avait été présentée le 10 mai 2017. Dès lors que le délai imparti à la société Fnac Darty pour exécuter cet engagement de cession, fixé par la décision du 27 juillet 2016, expirait à la date du 31 juillet 2017, la présidente de l'Autorité était, contrairement à ce que soutiennent les requérants, compétente pour adopter la décision contestée en vertu des dispositions citées au point 4.

8. 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* » 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.

9. En troisième lieu, aux termes de l'article L. 231-1 du code des relations du public avec l'administration : « *Le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation* ». Aux termes du 2° de l'article L. 231-4 du même code : « *Par dérogation à l'article L. 231-1, le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet : (...) 2° Lorsque la demande ne s'inscrit pas dans une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire (...)* ». Si, ainsi qu'il a été dit au point 4 ci-dessus, l'article L. 461-3 du code de commerce précise que le président de l'Autorité de la concurrence, 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 du même code ou nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures, la procédure selon laquelle un repreneur proposé par une partie notifiante peut

être agréé n'est régie par aucune disposition législative ou réglementaire spécifique. En l'espèce, cette procédure est uniquement prévue par les engagements qui ont été proposés par le groupe Fnac et incorporés dans la décision du 27 juillet 2016 autorisant la concentration, sans l'être, ainsi qu'il vient d'être dit, par une quelconque disposition législative ou réglementaire. Dès lors, il résulte de l'article L. 231-4 du code des relations du public avec l'administration précité que le silence gardé par l'Autorité de la concurrence sur la demande de Fnac Darty ne pouvait valoir que décision de rejet. Par conséquent, le moyen soulevé par la société Fnac Darty, tiré de ce que, eu égard à la date à laquelle la décision contestée a été prise, elle devait s'analyser non comme le rejet de sa demande d'agrément mais comme le retrait d'une décision implicite favorable qui ne pouvait être prise sans qu'elle ait été, préalablement, en application de dispositions combinées des articles L. 121-1 et L. 211-2 du code des relations du public avec l'administration, invitée à présenter ses observations, ne peut qu'être écarté.

10. En quatrième lieu, les engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 prévoient que le mandataire chargé du contrôle du respect de ces engagements par Fnac Darty est, après approbation de l'Autorité de la concurrence, désigné et rémunéré par Fnac (points 26 à 32). Aux termes du point 33 de ces engagements : « *L'Autorité peut, de sa propre initiative ou à la demande du Mandataire ou de Fnac, donner tout ordre ou instruction au Mandataire afin d'assurer le respect des conditions et obligations découlant de la Décision* ». Enfin, les (vii) et (viii) du point 34 des engagements précisent que le mandataire chargé du contrôle doit : « *(vii) fournir, dans les quinze (15) jours suivant la fin de chaque mois, un rapport écrit à l'Autorité, en transmettant, parallèlement et dans les mêmes délais, une version non confidentielle de ce rapport à Fnac. (...) En plus de ces rapports, le Mandataire chargé du Contrôle informera l'Autorité, par écrit et sans délai, en transmettant parallèlement et dans les mêmes délais à Fnac une copie des documents transmis à l'Autorité, s'il considère, sur la base d'éléments raisonnablement justifiés, que Fnac manque au respect des Engagements ; et (viii) dans le délai de quinze (15) jours à compter de la réception de la proposition documentée d'Acquéreurs potentiels, remettre à l'Autorité un avis motivé évaluant le caractère approprié et l'indépendance de l'Acquéreur proposé, la viabilité des Actifs cédés après la cession et la conformité de la proposition aux conditions et obligations de la Décision* ». Il résulte de ces prescriptions que le mandataire, dont la désignation par la société Fnac est approuvée par l'Autorité de la concurrence, agit, alors même que cette société s'est engagée à le rémunérer, pour le compte et sous le contrôle de l'Autorité afin de vérifier le respect des conditions et obligations posées par l'autorisation de concentration. Il est notamment chargé de conduire la procédure au terme de laquelle l'Autorité arrête sa décision relative au choix des repreneurs des actifs que les sociétés Fnac et Darty se sont engagées à céder.

11. D'une part, si Fnac Darty soutient que le rapport final du mandataire ne lui a pas été communiqué, il résulte, en tout état de cause, des termes mêmes des engagements annexés à la décision de l'Autorité du 27 juillet 2016, cités au point 10 ci-dessus, que Fnac Darty s'était engagée à ce que ce rapport ne lui soit pas communiqué. Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier, notamment du rapport intermédiaire du mandataire en date du 15 février 2017, que ce dernier a eu des contacts continus avec les équipes de Fnac Darty qui ont pu échanger avec lui. Et si ce rapport est intervenu avant que ne soit déposée formellement la demande d'agrément, il ne ressort pas des pièces du dossier et il n'est pas même soutenu que ces échanges auraient cessé après le dépôt de cette demande. Ainsi, la société Fnac Darty a pu faire valoir ses analyses et arguments au cours de la procédure ayant conduit l'Autorité à se prononcer sur la demande d'agrément. Dès lors, le moyen tiré de ce que la décision attaquée aurait été prise en méconnaissance du principe des droits de la défense ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté.

12. D'autre part, il ressort des pièces du dossier, notamment du mémoire de Fnac Darty en date du 22 juin 2018, qui n'est pas contredit sur ce point par le groupe Dray, que ce dernier à « noué [avec le mandataire un] dialogue » tout au long de la procédure d'agrément. Par suite, le moyen tiré de ce que la décision attaquée aurait été prise en méconnaissance du principe des droits de la défense en ce qui concerne le groupe Dray ne peut également et en tout état de cause qu'être écarté.

13. 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 et que, par ailleurs, la présidente de l'Autorité n'avait pas à prendre position sur l'avis du mandataire dans cette décision.

Sur la légalité interne :

14. Il ressort des termes mêmes de la décision contestée qu'elle est fondé sur deux motifs tenant à la circonstance que « *premièrement, Dray n'est pas une GSS [grande surface spécialisée] en produits bruns et gris et, à ce titre ne constitue pas un repreneur agréable dans les zones concernées selon la méthode de scoring* » et « *deuxièmement* », en tout état de cause, *indépendamment du score qui lui est attribué, le groupe Dray ne constitue pas un acteur approprié en mesure de rétablir une concurrence effective et suffisante sur les marchés de la vente au détail de produits électrodomestiques gris et bruns dans les zones de chalandises considérées* ».

15. D'une part, il ressort de la décision du 27 juillet 2016, et notamment de ses points 427 à 470, que l'Autorité de la concurrence, après avoir procédé à une analyse concurrentielle du marché de la distribution de produits électroniques bruns et gris au niveau national, a étudié la situation concurrentielle dans les 188 zones de chalandise d'un rayon de trois kilomètres, centrées autour des magasins Darty, cibles de l'opération de concentration, dans lesquelles l'activité des parties se chevauchait. A cette fin, elle a déterminé dans chaque zone la part de marché de l'entité issue de l'opération de concentration. Puis, dans les zones où la part de marché de la nouvelle entité était supérieure à 50 %, elle a évalué la pression concurrentielle par la méthode dite du score, qui consiste, d'une part, à attribuer à chaque concurrent de la nouvelle entité présent dans la zone un certain nombre de points, allant de trois points pour l'ensemble des acteurs en ligne dits « pure players », comme les sociétés Amazon et Cdiscount, ou pour chaque grande surface spécialisée, comme la société Boulanger, à 0,25 point pour un groupement d'indépendants ou la société BHV et d'autre part, à pondérer ces points par l'application d'un coefficient lié à la distance du concurrent par rapport au centre de la zone, allant de 1 au voisinage immédiat de ce centre à 0,6 en bordure de zone. Le score de chaque zone a alors été obtenu en additionnant les points pondérés attribués à chaque magasin concurrent présent dans la zone. Au point 447, elle a précisé qu' « *un score total supérieur à 10 permet d'écarter les risques d'atteinte à la concurrence dans la zone identifiée. En effet, un tel total ne peut être atteint qu'en présence, en sus des pure players, d'au moins une GSS, ou plusieurs GSA [grande surface alimentaire] de grande taille, ainsi qu'au moins un acteur auquel a été attribué un score moyen, ou encore un grand nombre d'acteurs aux scores plus faibles, en fonction de leur proximité concurrentielle et éloignement géographique à la cible. Un score minimum de 10 permet ainsi d'assurer la présence d'alternatives importantes et/ou nombreuses dans chaque zone de chalandise, de nature à exercer une contrainte concurrentielle significative sur le nouvel ensemble* ».

16. D'autre part, s'agissant de l'appréciation à porter sur les mesures proposées par les parties notifiantes, l'Autorité a indiqué au point 532 de sa décision du 27 juillet 2016 que les engagements doivent permettre de « rétablir une situation où les parties font face à des alternatives nombreuses et/ou importantes, dans chaque zone où la part de marché de la nouvelle entité est supérieure à 50 %. Selon la méthode retenue au cas d'espèce, un score total supérieur à 10 pour chaque zone concernée permettra de garantir l'effectivité d'une telle concurrence pour la nouvelle entité ». Elle a ajouté, au point 538 qu'« à Paris, en raison de l'interpénétration des zones de chalandise des différents magasins concernés, la cession d'un point de vente peut avoir pour effet d'augmenter le score attribué aux concurrents dans une ou plusieurs zones adjacentes et donc de remédier aux problèmes identifiés dans plusieurs zones lorsque ce score dépasse 10 points ». Et elle a précisé au point 539 qu'« ainsi, la cession du magasin Darty Belleville contribue également, outre sa propre zone, à remédier aux atteintes à la concurrence dans la zone de République (...). La cession du magasin Darty de l'avenue de Saint-Ouen contribue également à remédier aux atteintes à la concurrence à Madeleine, Ternes et Montmartre ».

17. Il résulte ainsi clairement de la décision du 27 juillet 2016 que le calcul du score, aussi bien au stade de l'autorisation de concentration qu'au stade de l'agrément du repreneur d'un magasin faisant l'objet d'un engagement de cession, a pour finalité de mesurer la pression concurrentielle qui s'exercera sur la nouvelle entité, le seuil de 10 étant simplement apprécié de manière plus souple à Paris, compte tenu de l'interpénétration des zones de chalandises étudiées. Or, si le score des zones situées autour des magasins Darty du boulevard de Belleville et de l'avenue de Saint-Ouen à Paris, a été déterminé en tenant compte de ce que l'arrivée du groupe Dray au centre de la zone y ajouterait 0,5 point, correspondant à la catégorie dite des multi-spécialistes, il n'a pas été tenu compte de ce que cette arrivée ferait disparaître le magasin de la nouvelle entité au regard duquel tous les calculs avaient pourtant été effectués. Dès lors, en ne mesurant pas la pression concurrentielle s'exerçant sur la nouvelle entité à partir des zones de chalandise des magasins Darty ou Fnac continuant, après la cession, à appartenir encore à celle-ci, la présidente de l'Autorité de la concurrence a entaché sa décision d'erreur de droit au regard de la règle que l'Autorité avait fixée dans la décision du 27 juillet 2016.

18. Il y a lieu, toutefois, de rechercher si, ainsi qu'elle le soutient, la présidente de l'Autorité aurait pu prendre légalement la décision contestée en ne se fondant que sur son second motif tenant au caractère inapproprié du groupe Dray en tant que repreneur.

19. Aux termes du point 534 de la décision du 27 juillet 2016 : « Enfin, l'efficacité des remèdes dépend de la cession des actifs concernés à un ou plusieurs acquéreurs appropriés. Pour rétablir des conditions de concurrence suffisantes, le ou les repreneurs devront être capables de concurrencer la Fnac de manière effective sur les marchés concernés. ... Les repreneurs potentiels devront donc être des acteurs de la distribution de produits bruns et/ou gris, ... indépendants de la Fnac, capables d'assurer l'exploitation pérenne des actifs cédés. Ils devront également proposer un assortiment suffisant de produits bruns et/ou gris ... suffisant pour représenter une alternative crédible à l'offre de la nouvelle entité et exercer une pression concurrentielle suffisante sur cette dernière ». Aux termes du point 540 de la même décision relatif à la situation propre à Paris : « ... L'objectif des engagements étant de compenser la diminution sensible de concurrence qu'entraîne l'opération, la cession de chacun des points de vente concernés par les engagements proposés devra s'effectuer en priorité au profit d'un opérateur de grande surface GSS concurrent de la nouvelle entité. Dans l'hypothèse où la cession à une GSS serait impossible, la cession d'un ou plusieurs points de vente concernés par les engagements à d'autres acteurs serait envisageable, et notamment à des acteurs émergents

sur le marché parisien qui pourraient ainsi débiter ou développer leur activité dans Paris par le biais de magasins de taille suffisante et à des emplacements recherchés. Toutefois, pour offrir au consommateur une alternative crédible à l'offre de la nouvelle entité, de tels repreneurs devront nécessairement être spécialisés dans les produits bruns et gris et proposer un assortiment suffisant dans la ou les famille(s) de produits pour laquelle ou lesquelles la nouvelle entité dispose d'une part de marché importante à l'issue de l'opération. La sélection et l'agrément des repreneurs potentiels devront notamment être guidés par la démonstration d'une offre adéquate de la part des candidats à la reprise des magasins, en termes de produits, assortiment et gammes proposés. Les repreneurs sélectionnés devront à tout le moins être en mesure de proposer une offre répondant aux problèmes spécifiques soulevés par l'opération dans chacune des zones considérées ».

20. Il résulte des dispositions précitées de la décision du 27 juillet 2016, décision individuelle dont la légalité ne peut plus utilement être contestée, qu'indépendamment du score qu'il permet d'atteindre dans les zones de chalandises mentionnées au point 15, le repreneur d'un magasin devant être cédé ne peut être agréé que s'il satisfait aux conditions qu'elles énoncent, notamment à la condition tenant à ce qu'il soit une grande surface spécialisée en produits « bruns » et « gris ».

21. En premier lieu, il ressort des termes mêmes de la décision attaquée que celle-ci a pris en compte le projet du groupe Dray pour les magasins Darty situés boulevard de Belleville et avenue de Saint-Ouen. Par suite, le moyen tiré de ce que la présidente de l'Autorité de la concurrence se serait, à tort, fondée uniquement sur la situation actuelle du groupe Dray pour lui refuser l'agrément manque en fait.

22. En deuxième lieu, il ressort des pièces du dossier que le groupe Dray, qui n'était pas une GSS au sens de la décision du 27 juillet 2016, n'était ni n'entendait se spécialiser dans les produits bruns et gris de façon à être en mesure de proposer un assortiment suffisant dans la ou les famille(s) de produits pour laquelle ou lesquelles la nouvelle entité dispose d'une part de marché importante à l'issue de l'opération. A cet égard, le rapport du mandataire du 13 juillet 2017 souligne que le projet du groupe Dray « *s'inscrit avant tout dans une logique de développement de son cœur de métier* », relatif à la vente au détail de literie, d'ameublement et de produits électrodomestiques dits « *blancs* ». Dès lors, la décision attaquée n'est entachée ni d'inexactitude matérielle ni d'erreur d'appréciation, ni de discrimination, en tant qu'elle a estimé que malgré l'offre en produits bruns et gris qu'il proposerait, le groupe Dray ne remplissait pas les conditions posées par la décision du 27 juillet 2016, notamment à celle tenant à ce que le repreneur soit une grande surface spécialisée en produits « bruns » et « gris ».

23. En troisième lieu, il résulte des termes de la décision du 27 juillet 2016, cité au point 19 ci-dessus, que la notion d'« acteurs émergents » au sens de cette décision s'entend des opérateurs, déjà présents sur les marchés de produits bruns et gris mais ne disposant pas encore d'implantation physique sur le marché parisien. Or, à la date à laquelle la présidente de l'Autorité a rendu sa décision, le groupe Dray n'était pas présent sur les marchés de produits bruns et gris. Dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le groupe Dray remplissait les conditions pour être considéré comme un acteur émergent, au sens de cette décision.

24. En quatrième lieu, contrairement à ce que les requérants soutiennent, l'auteur de la décision contestée n'a pas conditionné l'agrément du groupe Dray à un

engagement de sa part juridiquement contraignant, en termes de produits, d'assortiment et de gammes proposés, mais a simplement estimé que le demandeur ne démontrait pas le caractère adéquat de l'offre qui serait proposée dans les magasins cédés.

25. Il résulte de l'instruction que la présidente de l'Autorité aurait pris la même décision si elle s'était uniquement fondée sur ce second motif tenant au caractère inapproprié du groupe Dray en tant que repreneur.

26. Il résulte de tout ce qui précède que, les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision attaquée. 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.

D E C I D E :

Article 1^{er} : 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 transmise 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 :

