

CONSEIL D'ETAT

MB

statuant

au contentieux

N° 424702

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE FNAC DARTY

M. Thomas Janicot

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies)

M. Laurent Cytermann

Rapporteur public

Sur le rapport de la 3^{ème} chambre

de la Section du contentieux

Séance du 21 octobre 2019

Lecture du 7 novembre 2019

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés le 4 octobre 2018 et les 4 janvier, 9 avril et 7 octobre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Fnac Darty demande au Conseil d'Etat d'annuler la décision de l'Autorité de la concurrence n° 18-D-16 du 27 juillet 2018 relative au respect des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, en tant que, par son article 2, elle a prononcé à son encontre une sanction de 20 millions d'euros ou, à tout le moins, de ramener ce montant à de plus justes proportions.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de commerce ;
- la décision du Conseil constitutionnel QPC n° 2012-280 du 12 octobre 2012 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Thomas Janicot, auditeur,

- les conclusions de M. Laurent Cytermann, 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 Baraduc, Duhamel, Rameix, avocat de l'Autorité de la concurrence ;

Considérant ce qui suit :

1. Il résulte de l'instruction 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 distribution 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 effective des engagements proposés par la société FNAC, qui consistaient 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, notamment des magasins Darty 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 prévoyaient que les acquéreurs potentiels devaient être agréés par l'Autorité de la concurrence. A cette fin, ils prévoyaient que l'Autorité approuverait la désignation, sur proposition de la société Fnac, d'un mandataire chargé de conduire la procédure au terme de laquelle elle arrêterait sa décision relative à l'agrément des repreneurs des actifs à céder.

3. Il résulte également de l'instruction que, 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, devenue définitive, la présidente de l'Autorité de la concurrence a rejeté cette demande au motif que les conditions d'agrément prévues par la décision d'autorisation du 27 juillet 2016 n'étaient pas réunies. Par ailleurs, le 11 juillet 2017, la société 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 du magasin Fnac. Par une décision du 28 juillet 2017, devenue définitive, la présidente de l'Autorité de la concurrence a rejeté cette demande, au motif qu'aucune circonstance exceptionnelle ne la justifiait.

4. Par une décision n° 18-D-16 du 27 juillet 2018 relative au respect des engagements annexés à la décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la société Fnac, l'Autorité de la concurrence, d'une part, a constaté que la société Fnac-Darty n'avait pas respecté dans le délai prévu les engagements de cession du magasin Fnac situé dans le centre commercial Beaugrenelle et des magasins Darty situés boulevard de Belleville et avenue de Saint-Ouen et, d'autre part, a prononcé une sanction de 20 millions d'euros à l'encontre de cette société et lui a enjoint de céder les magasins Darty Montmartre et Darty Passy à un opérateur concurrent agréé par elle dans un délai de neuf mois, en substitution des engagements non exécutés.

5. La société requérante demande, à titre principal, l'annulation, et, à titre subsidiaire, la réformation de l'article 2 de la décision n° 18-D-16 du 27 juillet 2018 par laquelle l'Autorité de la concurrence lui a infligé une sanction de 20 millions d'euros.

6. Aux termes de l'article L. 430-5 du code de commerce : « I.-L'Autorité de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète. / II.-Les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue (...). III. - L'Autorité peut : (...) soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ». Aux termes du I de l'article L. 430-8 du même code : « Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, l'Autorité de la concurrence enjoint sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration (...). En outre, l'autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1, 5 million d'euros ». Aux termes du IV du même article : « Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut : 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. (...)2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision ; 3° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation, d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée. / En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I (...) ».

Sur la motivation de la décision attaquée :

7. La société requérante soutient que l'Autorité de la concurrence aurait dû préciser le montant de la sanction auquel l'exposaient les manquements qu'elle avait constatés, puis indiquer les corrections qu'elle apportait à ce montant pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes qu'elle retenait du fait de son comportement, des diligences qu'elle avait effectuées et des difficultés qu'elle avait rencontrées. Toutefois, il ne résulte d'aucune disposition ni d'aucune ligne directrice de l'Autorité de la concurrence que, pour une sanction prononcée en matière de contrôle des concentrations, celle-ci devrait procéder à une telle explicitation du montant de la sanction prononcée. Par suite, le moyen tiré de ce que la décision attaquée serait insuffisamment motivée doit être écarté.

Sur le bien-fondé de la décision attaquée :

8. A la différence des sanctions que l'Autorité de la concurrence peut prononcer en application des dispositions précitées des 1°, 2° et 3° du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, la sanction financière qu'elle peut, en outre, infliger en cas d'absence de réalisation effective d'engagements pris par les parties à une opération de concentration a un objet purement répressif. Eu égard à cet objet, il incombe à l'Autorité de la concurrence, ainsi qu'au juge saisi d'un recours de pleine juridiction, d'apprécier la proportionnalité d'une telle sanction au regard de la gravité des manquements constatés, c'est-à-dire de l'importance des engagements non respectés dans l'ensemble des mesures correctrices adoptées afin de prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration, du comportement de l'entreprise dans la mise en œuvre des engagements souscrits ainsi que de sa situation particulière, notamment de sa situation financière.

En ce qui concerne la gravité des manquements :

9. En premier lieu, il résulte de l'instruction qu'après avoir considéré que l'opération de concentration entre les groupes Fnac et Darty était susceptible de porter atteinte à la concurrence dans neuf zones de chalandise à Paris et en région parisienne, l'Autorité de la concurrence a conditionné la délivrance de son autorisation à la cession, avant le 1^{er} août 2017, de six magasins situés dans ces zones. En particulier, la cession des magasins Fnac Beaugrenelle, Darty Belleville et Darty Saint-Ouen avait pour objectif de restaurer rapidement une structure concurrentielle satisfaisante dans six des neuf zones de chalandise où l'entité issue de l'opération de concentration ne subissait plus une concurrence suffisante. Ces engagements, qui concernaient la moitié des points de vente que les parties s'étaient engagées à céder et deux tiers des zones de chalandise où un risque anticoncurrentiel devait être prévenu, occupaient une place centrale dans le dispositif ayant pour objet de prévenir un déséquilibre concurrentiel sur le marché des produits « bruns » et « gris » dans les zones concernées. En déduisant de ce constat que la société Fnac Darty avait commis un manquement grave en ne cédant pas avant le 1^{er} août 2017 les trois magasins mentionnés ci-dessus, l'Autorité de la concurrence n'a commis ni erreur de droit ni erreur d'appréciation.

10. En second lieu, si l'Autorité de la concurrence a procédé, dans la décision attaquée, à une analyse des conséquences des manquements constatés sur l'état de la concurrence dans les zones de chalandise concernées, il résulte de ce qui a été dit au point 8 ci-dessus qu'elle n'était pas tenue de prendre en compte de tels éléments pour apprécier la gravité des manquements commis et prononcer une sanction financière. Dès lors, la société Fnac Darty ne peut utilement soutenir que l'Autorité de la concurrence aurait entaché sa décision d'erreur de droit en ne procédant pas à une nouvelle analyse de la situation concurrentielle du marché concerné à la date de sa décision et en ne recherchant pas si les manquements constatés avaient eu effectivement, à cette date, des effets anticoncurrentiels. Au demeurant, c'est sans erreur d'appréciation que l'Autorité de la concurrence a relevé que les éléments qui lui étaient fournis par la société Fnac Darty ne démontraient pas que le marché des produits « bruns » et « gris » avait connu une évolution notable de sa structure concurrentielle et que, en ne cédant pas les magasins Fnac Beaugrenelle, Darty Belleville et Darty Saint-

Ouen, la société avait pu maintenir ses parts de marché à un niveau élevé dans six zones de chalandise à Paris et profiter d'une pression concurrentielle affaiblie, de sorte que la structure concurrentielle des marchés de distribution des produits « bruns » et « gris » dans les zones Ternes, Passy, République, Saint-Ouen et Beaugrenelle n'était toujours pas satisfaisante. Si la société requérante soutient cependant que la structure concurrentielle des marchés des produits « bruns » et « gris » des six zones de chalandise concernées par les engagements non exécutés a sensiblement évolué, à la suite de l'ouverture de deux boutiques Boulanger et LDLC à Levallois-Perret, d'une boutique LDLC dans le 15ème arrondissement de Paris, d'un magasin Apple Store sur l'avenue des Champs-Élysées à Paris et de la forte croissance du commerce en ligne de produits « bruns » et « gris », elle n'a, en tout état de cause, pas demandé à l'Autorité de la concurrence une révision de ses engagements, comme elle aurait pu le faire en application du point 45 des engagements souscrits.

En ce qui concerne le comportement de Fnac Darty dans la mise en œuvre des engagements :

11. Aux termes du point 534 de la décision du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle : *« 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 »*.

12. L'acquéreur d'un magasin à céder ne pouvait être agréé par l'Autorité de la concurrence que s'il satisfaisait aux conditions qu'énoncent ces dispositions. Il résulte clairement de celles-ci qu'il devait être un opérateur de grande surface spécialisé dans les produits « bruns » et « gris »

ou, à défaut, être spécialisé dans ces produits et proposer un assortiment suffisant dans la ou les famille(s) de produits pour laquelle ou lesquelles la nouvelle entité disposait d'une part de marché importante à l'issue de l'opération. La société Fnac Darty ne saurait soutenir que ces dispositions permettaient à un repreneur non spécialisé dans les produits « bruns » et « gris » d'obtenir l'agrément de l'Autorité de la concurrence.

13. Ainsi qu'il a été dit, il résulte de l'instruction que, pour la cession des magasins Darty Belleville et Darty Saint-Ouen, la société Fnac Darty a déposé, le 10 mai 2017, une demande d'agrément du groupe Dray auprès de l'Autorité de la concurrence et signé les promesses de vente avec ce groupe. La demande d'agrément a été rejetée par une décision de la présidente de l'Autorité du 28 juillet 2017. C'est sans erreur d'appréciation que la décision attaquée relève que la société Fnac Darty, qui dispose de nombreux moyens d'analyse juridique et économique et qui n'a pas demandé de prolongation du délai d'exécution de ses engagements avant le dernier mois du délai qui lui était imparti, était en mesure, dès la décision d'autorisation du 27 juillet 2016, d'anticiper le refus d'agrément le groupe Dray, qui n'est ni un opérateur de grande surface spécialisé dans la distribution de produits « bruns » et « gris », ni un acteur émergent qui se serait spécialisé dans la vente des produits « bruns » et « gris » ou même aurait entendu le devenir. Il ressort d'ailleurs de la décision d'autorisation qu'elle n'identifie pas le groupe Dray comme un concurrent potentiel de Fnac Darty sur le marché des produits « bruns » et « gris » mais seulement sur le marché des produits dits « blancs » et il résulte en outre de l'instruction que, dès son rapport d'étape du 15 mars 2017 adressé à l'Autorité de la concurrence, la société Fnac Darty soulignait que le groupe Dray est une « enseigne traditionnellement spécialisée dans la vente au détail de produits blancs » et insistait sur la nécessité « pour Dray de proposer un concept permettant d'offrir au consommateur un assortiment suffisant de produits bruns/gris, de manière à concurrencer activement le groupe Fnac/Darty sur les marchés considérés ». La circonstance que le mandataire chargé du contrôle des engagements ait rendu, dans deux rapports des 24 mai et 3 juillet 2017, intervenus à la suite de la demande d'agrément du groupe Dray, un avis favorable à cet agrément, n'était pas de nature à encourager la société Fnac Darty, qui n'a d'ailleurs pas été destinataire des rapports avant la décision de l'Autorité de la concurrence, à sous-estimer le risque d'un refus d'agrément.

14. Il résulte par ailleurs de l'instruction que, pour la cession du magasin Fnac Beaugrenelle, la société Terada, agissant au nom du groupe Dray, a conclu le 6 avril 2017 avec la société Fnac Darty un contrat de vente, sous la condition suspensive d'obtenir l'accord de But International pour l'exploiter sous l'enseigne But City. Par un courrier du 26 juin 2017 adressé au groupe Dray, But International a indiqué ne pas autoriser l'implantation d'un magasin sous son enseigne dans le centre commercial Beaugrenelle. Si la société requérante soutient qu'elle ne pouvait anticiper que la société But international refuserait d'autoriser le groupe Dray à exploiter ce magasin en franchise sous l'enseigne de But City, c'est sans erreur d'appréciation que l'Autorité de la concurrence a considéré qu'elle était nécessairement consciente de ce risque, dès lors, d'une part, que But International n'avait manifesté aucun intérêt pour reprendre le magasin en cause et, d'autre part, qu'elle avait connaissance de l'existence de la clause suspensive figurant dans le contrat de vente signé le 6 avril 2017.

15. Il résulte de ce qui précède que la société Fnac Darty n'est pas fondée à soutenir que l'Autorité de la concurrence, qui a relevé qu'elle avait fait preuve de sérieux et d'implication au début de la période de réalisation des engagements, de septembre à décembre 2016, qu'elle avait mis en œuvre d'importants moyens pour se conformer à ses engagements, qu'elle s'était heurtée à de nombreuses difficultés pour trouver des repreneurs intéressés par les trois magasins non cédés et qu'elle avait continué ses efforts dans la recherche d'un repreneur approprié à l'expiration du délai fixé pour leur cession, aurait inexactement apprécié son comportement dans la mise en œuvre de ses engagements.

En ce qui concerne la situation financière de Fnac Darty :

16. Si elle soutient que l'Autorité de la concurrence aurait dû tenir compte, avant de fixer le montant de la sanction, de ses conséquences sur sa situation financière, il ne résulte pas de l'instruction que la société Fnac Darty aurait, à l'occasion de la procédure d'instruction préalable au prononcé de la sanction, fait état d'éventuelles difficultés financières. Par suite, le moyen tiré de ce que l'Autorité de la concurrence aurait commis une erreur de droit sur ce point doit être écarté.

En ce qui concerne le montant de la sanction et le respect du principe d'individualisation des peines :

17. Le montant de la sanction financière infligée à la société Fnac Darty représente environ 0,3 % du chiffre d'affaires consolidé réalisé en France au titre de l'exercice 2017 et 7% du montant maximum encouru. Eu égard à la gravité des manquements commis, au comportement de la société Fnac Darty et à sa situation particulière et bien qu'il soit élevé au regard du résultat avant impôt d'environ 37,5 millions d'euros en 2017, le montant de 20 millions d'euros n'apparaît pas disproportionné, la circonstance que la sanction serait plus sévère que celles qui ont été infligées par l'Autorité de la concurrence dans d'autres affaires comparables au titre du non-respect d'engagements étant à cet égard sans incidence. Par ailleurs, compte tenu de l'ensemble des éléments qu'elle a pris en compte, l'Autorité n'a pas méconnu le principe d'individualisation des peines.

18. il résulte de tout ce qui précède que la société Fnac Darty n'est pas fondée à demander l'annulation ou la réformation de l'article 2 de la décision qu'elle attaque.

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société Fnac Darty est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'Autorité de la concurrence et à la société Fnac Darty.

