

Nos 414654,414657
Société Fnac-Darty

3ème et 8ème chambres réunies
Séance du 22 janvier 2018
Lecture du 1er février 2018

CONCLUSIONS

Mme Emmanuelle CORTOT-BOUCHER, rapporteur public

Le 17 février 2016, le groupe Fnac a notifié à l'autorité de la concurrence son projet d'acquisition de la société Darty. L'opération envisagée, qui consistait en une prise de contrôle exclusif et présentait donc le caractère d'une concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce, a donné lieu à un examen approfondi en application du III de l'article L. 430-5 du même code. A l'issue de celui-ci, l'autorité a constaté que l'opération était susceptible de porter atteinte à la concurrence, dans plusieurs zones locales de Paris et de l'Ile-de-France, par le biais d'effets horizontaux sur le marché de la distribution des produits électroniques dits « *bruns* », recouvrant les chaînes haute-fidélité et le matériel vidéo, et des produits électroniques dits « *gris* », incluant les ordinateurs, les périphériques d'ordinateurs et les téléphones.

Pour parer à ces atteintes, le groupe Fnac s'est engagé à céder avant le 31 juillet 2017 six points de vente, dont cinq à Paris et l'un à Vélizy-Villacoublay, à des acquéreurs juridiquement et commercialement indépendants de lui. Il s'est en outre engagé à soumettre à l'agrément de l'autorité chacun des contrats de cession des points de vente en cause et, à partir du 1^{er} septembre 2016, à confier la direction du processus de cession à un mandataire indépendant. Enfin, le groupe Fnac avait assorti ces propositions d'une clause de réexamen qui permettait à l'autorité d'accorder une prolongation du délai prévu pour les cessions.

Par une décision du 27 juillet 2016, l'autorité a autorisé l'opération envisagée, moyennant les engagements que nous venons de décrire. A la date du 1^{er} septembre 2016, trois points de vente avaient été cédés ; mais le groupe Fnac, devenu la société Fnac-Darty, était toujours propriétaire de trois points de vente dont il avait promis de se séparer : le magasin Fnac Beaugrenelle, le magasin Darty Belleville et le magasin Darty Saint-Ouen situés respectivement dans les, 15^e, 11^e et 17^e arrondissements de Paris. Un mandataire indépendant a donc été désigné pour mener à son terme le processus de cession.

Ce mandataire est alors entré en négociation avec le groupe Dray, présent depuis 1978 en Ile-de-France sur le marché de la vente au détail de produits électrodomestiques, lequel s'est montré intéressé par l'acquisition des trois points de vente restant à céder. Pour les magasins Darty Belleville et Darty Saint-Ouen, il a présenté des offres fermes d'acquisition, qui ont

conduit la société Fnac-Darty à demander à l'autorité de la concurrence l'agrément du groupe Dray en vue de la cession de ceux-ci.

Pour le magasin Fnac Beaugrenelle, des difficultés inopinées, liées aux réticences du franchiseur du groupe Dray, ont empêché la formulation d'une offre ferme d'acquisition. Elles ont amené la société Fnac-Darty à saisir l'autorité d'une demande de prolongation, pour une durée de six mois, des délais d'exécution de son engagement relatif à ce point de vente particulier.

Par trois décisions du 28 juillet 2017, la présidente de l'autorité de la concurrence a, d'une part, refusé d'agréer le groupe Dray pour l'acquisition des magasins Darty Belleville et Darty Saint-Ouen, d'autre part, refusé de prolonger le délai d'exécution des engagements souscrits par le groupe Fnac, enfin, informé la société Fnac-Darty que la mission du mandataire indépendant prendrait fin le 31 juillet 2017. Disons, d'un mot, que la présidente a estimé que la pression concurrentielle exercée par le groupe Dray, telle que mesurée par la méthode dite du « *scoring* », ne serait pas suffisante pour contenir les effets anticoncurrentiels identifiés lors de l'examen approfondi de l'opération.

Ces trois décisions ont été contestées devant vous par la société Fnac-Darty, pour la première, sous le numéro 414654, et pour les deux autres sous le numéro 414657. Elles ont été assorties de demandes tendant à la suspension de leur exécution, que votre juge des référés a rejetées par deux ordonnances du 30 octobre 2017, au motif que la condition d'urgence n'était pas remplie (n° 414355 et 414358).

A l'appui de ces deux recours en annulation, la société Fnac-Darty soulève une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) visant les dispositions de la fin du dernier alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce, qui sont issues du 8° de l'article 215 de la loi¹ du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « *loi Macron* ».

Ces dispositions ont étendu le champ des décisions que le président de l'autorité ou le vice-président qu'il désigne est autorisé à adopter seul, par dérogation aux dispositions du II de l'article L. 461-1 du code de commerce voulant que les attributions confiées à l'autorité de la concurrence sont en principe exercées par le collège de l'autorité, composé de 17 membres. Plus précisément, elles ont plus ajouté aux dispositions antérieurement applicables, issues de l'ordonnance² du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, deux catégories de décisions : d'une part, les « *décisions de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article L. 430-7* » du code de commerce, et d'autre part, les « *décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures* ».

En renvoyant aux III et au IV de l'article L. 430-7, les dispositions critiquées visent des mesures qui sont elles-mêmes de trois ordres. Il s'agit, d'une part, des engagements qui peuvent être pris par les parties devant l'autorité afin de remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration ; d'autre part, des injonctions qui peuvent être faites aux

¹ n° 2015-990

² n° 2008-1161

parties, y compris lorsque l'opération envisagée a été interdite, de prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante ; enfin, des prescriptions « *de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* » que l'autorité peut obliger les parties à observer lorsqu'elle a autorisé une opération de concentration.

Compte tenu du renvoi auxquelles elles procèdent, les dispositions ajoutées à l'article L. 461-3 du code de commerce par la loi du 6 août 2015 permettent donc au président de l'autorité, ou au vice-président qu'il désigne, de décider seul la révision des engagements, injonctions et prescriptions dont les décisions prises par le collège peuvent être assorties. Elles lui permettent également de prendre seul les décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures.

La requérante estime que ces dispositions méconnaissent le principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration de 1789, et qu'elles sont entachées d'incompétence négative.

Vous pourrez admettre que les dispositions législatives critiquées sont bien applicables au litige, sans qu'il soit besoin à ce stade d'entrer dans le débat que la requérante a ouvert dans ses écritures de fond sur leur portée exacte. A l'appui de ses deux recours en annulation, l'intéressée soutient certes que le dernier membre de phrase du dernier alinéa de l'article L. 461-3 doit être interprété strictement, comme ne visant que les décisions qu'il désigne explicitement, consistant en la révision ou la mise en œuvre d'une mesure mentionnée aux III et IV de l'article L. 430-7 du code de commerce. Elle estime qu'il ne pouvait dès lors pas fonder la compétence de la présidente de l'autorité de la concurrence pour prendre les décisions contestées, lesquelles ont consisté, d'une part, à refuser de réviser les engagements pris par la requérante, pour ce qui est de la décision refusant la prolongation des délais d'exécution initialement prévus, et d'autre part, à refuser encore de prendre une décision nécessaire à la mise en œuvre de ces engagements, pour ce qui est de la décision refusant d'agréer le groupe Dray. Mais ainsi que l'autorité de la concurrence l'indique en défense, les dispositions contestées sont les seules qui étaient susceptibles de fonder la compétence de la présidente lorsqu'elle a édicté les décisions litigieuses. Quelle que soit la portée que l'on leur confère, elles soulèvent donc une question qui n'est pas « *dénuée de rapport avec les termes du litige* », ce qui suffit pour admettre qu'elles sont applicables au litige au sens du 1^o de l'article 23-2 de l'ordonnance³ du 7 novembre 1958 (8 octobre 2010, *D...*, n^o 338505, Rec., p. 371 ; 2 février 2012, *L...*, n^o 355137, aux tables sur un autre point ; 20 juin 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída Europe*, n^o 357798).

Par ailleurs, les dispositions critiquées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. Certes, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'article L. 461-3 du code de commerce par une décision du 12 octobre 2012, statuant sur une QPC que vous lui aviez renvoyée (Cons. Const., *Société Groupe Canal Plus et autres*, n^o 2012-280 QPC). Mais la version qu'il a alors blanchie, issue de la loi⁴ du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures, ne comportait pas encore les dispositions qui sont ici précisément contestées.

³ n^o 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

La question posée n'étant pas nouvelle, vous la renverrez au Conseil constitutionnel si vous estimez qu'elle présente un caractère sérieux.

Pour vous convaincre que tel est bien le cas, la requérante fait valoir que l'intervention du collège de l'autorité constitue une garantie que les dispositions critiquées écartent de manière trop large, en ce sens qu'elles autorisent le président de l'autorité de la concurrence à prendre seul des décisions dont certaines pourraient porter atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. Elle estime ainsi que le législateur a omis d'exclure du champ d'application du dernier membre de phrase du dernier alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce les décisions de police économique qui, par leur objet même, affecteraient substantiellement des droits ou des libertés garantis par la Constitution.

Vous pourrez tenir pour acquis que la collégialité des autorités administratives indépendantes, même si elle est d'application presque généralisée, n'est pas un principe à valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel, en effet, a explicitement écarté l'existence d'un tel principe à propos des juridictions statuant en matière répressive (Cons. Const. 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, n° 2009-590 DC, point 11). Il en va nécessairement de même pour les autorités administratives indépendantes, *a fortiori* lorsqu'elles ne font pas usage des pouvoirs de sanction qui leur sont dévolus. Il existe d'ailleurs, en droit français, au moins une autorité administrative indépendante non collégiale, en la personne du défenseur des droits.

Mais à défaut de correspondre à une exigence constitutionnelle, l'intervention du collège de l'autorité de la concurrence n'en constitue pas moins, à nos yeux, pour les parties à une opération de concentration comme pour les tiers, notamment les concurrents, une garantie contre les atteintes que l'exercice, par cette autorité, des attributions qui lui sont dévolues est, par nature, susceptible de porter à la liberté d'entreprendre, elle-même protégée par l'article 4 de la Déclaration de 1789 (Cons. Const. 5 décembre 2014, *Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS*, n° 2014-434 QPC, point 3).

De manière générale, en effet, le Conseil constitutionnel juge que, s'il est loisible au législateur de confier des pouvoirs à une autorité administrative indépendante, « *il lui appartient toutefois d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* » et de faire usage à ce titre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution « *pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » (Cons. Const. 21 janvier 1994, *Loi relative à la loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication*, n° 93-333 DC, point 19, à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel).

Parmi les garanties qui peuvent assortir l'exercice par une autorité administrative indépendante des pouvoirs qui lui sont dévolus, notamment pour assurer son indépendance et son impartialité, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion d'identifier les règles relatives au mode de désignation des membres du collège de l'autorité en cause, les dispositions

⁴ n° 2009-526

concernant la durée de leur mandat, et enfin, celles qui fixent les incompatibilités et obligations auxquelles ils sont soumis.

A propos de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, il a ainsi jugé que les dispositions qui définissent la composition du collège, la durée du mandat non renouvelable de ses membres, ainsi que les incompatibilités et les obligations auxquelles ils sont soumis instituent « *des garanties de nature à assurer l'indépendance et l'impartialité nécessaires pour que {celle-ci} puisse exercer les missions qui lui sont confiées* » (Cons. Const. 9 octobre 2013, *Loi sur la transparence de la vie publique*, n° 2013-676 DC, point 47). A propos de l'ancienne Commission des opérations de bourse, cette fois, il a estimé que « *tant le mode de désignation des membres que la durée fixe de leur fonction sont à même de garantir l'indépendance de la commission dans l'exercice de ses missions* » (Cons. Const. 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, n° 89-260 DC, point 10).

De la même manière, l'intervention de l'organe collégial d'une autorité administrative indépendante, lorsqu'il existe, en vue de l'exercice des attributions dévolues à celle-ci, est à notre avis susceptible de constituer une garantie destinée à préserver les citoyens d'éventuelles atteintes à une liberté publique. Ainsi que l'indique un commentateur, la composition collégiale des autorités administratives indépendantes apparaît en effet « *de nature à satisfaire une double exigence : équilibrer l'influence des différentes instances de désignation, ce qui constitue un gage d'indépendance, et assurer une délibération collective sur des sujets sensibles ou des questions complexes, ce qui représente une garantie d'objectivité et de sérieux* » (J.-L. Autin, « *Autorités administratives indépendantes* », Jurisclasseur Administratif, fasc. 75, n° 33).

Ce présupposé trouve son prolongement logique dans l'idée que les règles relatives à la répartition des compétences au sein d'une autorité administrative indépendante en vue de l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus relèvent du domaine de la loi, dès lors que l'exercice par l'autorité de ces pouvoirs est susceptible de porter atteinte à une liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution. Il en est à notre avis ainsi, en particulier, des règles relatives à la répartition des compétences au sein de l'autorité de la concurrence, la liberté d'entreprendre ayant bien le caractère d'une liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution (23 décembre 2010, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 337396).

Nous relevons d'ailleurs qu'une récente loi organique⁵ du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives et autorités publiques indépendantes est intervenue pour compléter l'article 34 de la Constitution, ainsi que le permet le dernier alinéa de cet article, et prévoir explicitement que la loi fixe « *les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes* ».

Ces nouvelles dispositions ne sont certes pas susceptibles d'être invoquées à l'encontre des dispositions législatives critiquées, qui sont antérieures (Cons. const. 16 septembre 2010, *Association Football Club de Metz*, n° 2010-28 QPC, point 9). Mais telles que nous les

⁵ n° 2017-54

comprenons, elles prennent acte de l'enjeu qui s'attache, pour la protection des libertés publiques, aux règles d'organisation et de fonctionnement des autorités administratives indépendantes, notamment aux règles de répartition des compétences entre le collège et le président.

Nous vous invitons donc à retenir que les dispositions critiquées relevaient du domaine de la loi avant même l'intervention de la loi organique du 20 janvier 2017. Si vous nous suivez, vous admettez que le moyen d'incompétence négative que la requérante soulève est bien opérant, y compris au prisme de la jurisprudence *SNC Kimberley Clark* du 18 juin 2010 (Cons. const. n° 2010-5 QPC), dès lors que l'imprécision dont se plaint la requérante est susceptible de porter atteinte à la liberté d'entreprendre, garantie par la Constitution. Il vous restera alors à déterminer si, ainsi que le soutient la requérante, les dispositions législatives critiquées écartent l'intervention du collège de l'autorité dans des cas où les décisions prises sont susceptibles de porter une atteinte substantielle à la liberté d'entreprendre.

Nous croyons qu'il en est effectivement ainsi, dès lors que les engagements, injonctions et prescriptions visées aux paragraphes III et IV de l'article L. 430-7 du code de commerce peuvent, au moins dans certains cas et pour certains d'entre eux, constituer un élément fondamental de l'équilibre voulu par le collège de l'autorité lorsqu'il a pris une décision à l'issue d'un examen approfondi. Il faut encore y ajouter le fait que, précisément lorsque l'opération a rendu nécessaire un examen approfondi, elle est par construction plus susceptible de donner lieu à des appréciations délicates, y compris pour ce qui concerne la révision ou la mise en œuvre des engagements, injonctions ou prescriptions qui assortissent la décision du collège.

Certes, vous avez jugé, dans votre décision d'Assemblée du 21 mars 2016, *Société NC Numéricable* (n° 390023, Rec., p. 89), que les dispositions du III et du IV de l'article L. 430-7 du code de commerce n'ouvrent à l'autorité de la concurrence la faculté de modifier les engagements pris par les parties devant elle afin de limiter les effets anticoncurrentiels d'une opération, les injonctions dont elle assorti aux mêmes fins l'autorisation de l'opération ou les prescriptions imposées aux parties que « *pour en réduire ou même en supprimer la portée en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents et de l'utilité de la poursuite de ces engagements, injonctions ou prescriptions* ».

Les décisions que les dispositions critiquées habilite le président à prendre seul ne peuvent donc jouer qu'en faveur de la partie qui a notifié l'opération, et non alourdir les obligations qui pèsent sur elle.

Mais il n'est pas pour autant exclu qu'elles puissent porter une atteinte substantielle à des droits ou libertés que la Constitution garantit. Car d'une part, les droits et libertés de la partie qui a notifié l'opération ne sont pas les seuls en jeu ; les tiers, bien sûr, sont également concernés, notamment les concurrents de l'opérateur en cause, qui peuvent être pénalisés par l'allègement substantiel des contraintes pesant sur ce dernier. D'autre part, il n'est pas exclu que les pouvoirs dont la loi du 6 août 2015 a doté le président puissent consister, comme en l'espèce, à refuser de procéder à la révision d'un engagement, d'une injonction ou d'une prescription, ou encore à refuser de prendre une décision nécessaire à l'exécution de l'une de ces mesures. Même si la prise des sanctions qui peuvent alors être encourues relève de la

seule compétence du collège de l'autorité, il nous paraît difficile de tenir pour négligeables les effets que de tels refus produisent par eux-mêmes, notamment lorsqu'ils interviennent alors que la situation des marchés pertinents a évolué et que les circonstances de fait se sont sensiblement modifiées.

Nous inclinons donc à considérer que le grief que la requérante formule sur le terrain de l'incompétence négative du législateur est sérieux, avec l'idée qu'il manque peut-être dans la loi une réserve imposant l'intervention du collège lorsque des difficultés d'appréciation particulières existent ou encore lorsque l'engagement, l'injonction ou la prescription en cause, eu égard à son importance sur le plan de l'analyse concurrentielle, le justifie. Dans le même mouvement, nous sommes tentée de penser que le moyen tiré de la violation du principe d'égalité devant la loi est lui aussi sérieux, dès lors que l'imprécision des dispositions critiquées rend possible, à tout le moins en théorie, la distribution arbitraire de la garantie que représente l'intervention du collège y compris dans les cas où elle est nécessaire pour assurer que les droits des intéressés ont effectivement été préservés.

Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il y ait lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC soulevée par la société Fnac-Darty.