

N° 424702
Société Fnac Darty

3^e et 8^e chambre réunies
Séance du 21 octobre 2019
Lecture du 7 novembre 2019

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, rapporteur public

Le contentieux des concentrations ne se réduit pas au contentieux des autorisations de concentration. L'opération d'acquisition de la société Darty par la société Fnac en est sans doute l'une des meilleures illustrations à ce jour. Si l'autorisation de concentration elle-même, délivrée par une décision de l'Autorité de la concurrence du 27 juillet 2016¹, n'a été contestée que par un acteur extérieur aux marchés concernés par l'opération, dont vous avez d'ailleurs rejeté la requête comme irrecevable pour ce motif (CE, 4 avril 2018, *Société Beaugrenelle Patrimoine*, n° 405343, Tab.), la mise en œuvre des engagements de la société Fnac auxquels était subordonnée l'autorisation a donné lieu à de multiples péripéties contentieuses. La Fnac avait pris l'engagement de céder six magasins Fnac ou Darty, dont cinq situés à Paris et le dernier en banlieue parisienne à Vélizy. La cession de trois de ces magasins a été opérée avant l'échéance du 1^{er} août 2017 fixée par les engagements. En revanche, s'agissant des magasins Darty Belleville et Darty Saint-Ouen, le groupe Dray, repreneur proposé par Fnac Darty, n'a pas été agréé par l'Autorité de la concurrence ; s'agissant du magasin Fnac Beaugrenelle, l'Autorité a refusé une demande de prolongation du délai d'exécution de l'engagement. Par deux décisions du 26 juillet 2018, vous avez rejeté les recours formés par Fnac Darty et par les sociétés du groupe Dray contre ces décisions ainsi que contre la décision mettant fin à la mission du mandataire chargé du contrôle de l'exécution des engagements (CE, 26 juillet 2018, *Société Fnac Darty et autres*, n° 414654 et 414689, Tab. ; n° 414657 et 414693, Inédit). Le lendemain, l'Autorité de la concurrence a pris une décision constatant l'inexécution des engagements, infligeant à la société Fnac Darty une sanction pécuniaire de 20 millions d'euros et lui enjoignant de céder les magasins Darty Montmartre et Darty Passy en substitution de ces trois magasins, sous astreinte de 20 000 euros par jour de retard². C'est de cette dernière décision que la société Fnac Darty vous demande l'annulation, uniquement pour le volet pécuniaire ; elle ne conteste pas les injonctions de substitution, les démarches de cession de ces deux derniers magasins à la société Boulanger ayant été engagées concomitamment à la procédure de sanction.

¹ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

² 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 Fnac.

Comme l'indique le communiqué de presse publié pour annoncer cette décision, c'est la première fois que l'Autorité sanctionnait une entreprise pour non-respect de mesures correctives structurelles, c'est-à-dire de mesures visant à garantir des structures de marché compétitives, consistant notamment dans la cession de certains actifs. L'Autorité n'avait jusqu'ici sanctionné que le non-respect de mesures comportementales, impliquant que la nouvelle entité issue de la concentration adopte un comportement déterminé pendant une certaine durée³. A votre niveau, vous ne vous êtes prononcés qu'à trois reprises sur des sanctions prononcées en application du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce pour méconnaissance d'injonctions, de prescriptions ou d'engagement figurant dans une décision d'autorisation de concentration (CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et Société Vivendi Universal*, n° 353856, Rec. ; CE, 31 mars 2017, *Société Altice Luxembourg et Numéricable SFR*, n° 401059, Inédit ; CE, 28 septembre 2017, *Société Altice Luxembourg et Société SFR Group*, n° 409770, Rec.). Si dans chacune de ces décisions, des sanctions pécuniaires avaient été prononcées, les points de droit tranchés portent davantage sur les autres mesures pouvant être prises par l'Autorité sur le fondement du IV de l'article L. 430-8, à savoir le retrait de l'autorisation et les injonctions. La présente contestation étant centrée sur le volet pécuniaire, elle vous donnera l'occasion de préciser votre contrôle en la matière, notamment sur les exigences de motivation et sur les critères pris en compte pour apprécier la proportionnalité de la sanction. Vous statuez ici comme juge de plein contentieux, comme vous l'avez jugé dès l'affaire *Canal Plus*.

1. C'est sur la motivation du montant de la sanction que porte le premier moyen de la requête. Il est assez longuement développé et la société Fnac Darty y revient à plusieurs reprises dans les mémoires échangés avec l'Autorité. C'est dire si la société requérante, et peut-être plus largement les praticiens du droit de la concurrence, attachent de l'importance à cette question.

La société soutient que les sanctions pécuniaires prononcées sur le fondement de l'article L. 430-8-IV doivent non seulement comporter les motifs de fait et de droit sur lesquelles elles sont fondées mais aussi préciser leur mode de calcul, ou à tout le moins la part des circonstances atténuantes ou aggravantes prises en compte par l'Autorité. Fnac Darty souhaiterait que l'Autorité applique en matière de concentrations une méthode de détermination du montant des sanctions pécuniaires, à l'exemple de celle qu'elle utilise pour les sanctions des ententes et des abus de position dominante prises sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce. En effet, l'Autorité a adopté le 16 mai 2011 un communiqué de procédure relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Cette méthode consiste à déterminer d'abord un « montant de base », en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, puis à le moduler en fonction des autres critères énoncés par la loi, à savoir le comportement de l'entreprise, sa capacité contributive et l'éventuelle réitération. Le montant de base est lui-même évalué par le calcul d'une proportion de la valeur des ventes des produits ou services en relation avec l'infraction en cause.

³ Dans la décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016 relative au respect de l'engagement de cession des activités de téléphonie mobile d'Outremer Telecom à La Réunion et à Mayotte figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice, l'engagement dont le non-respect était sanctionné était en lien avec une cession, mais il s'agissait d'un engagement comportemental, consistant à préserver la valeur de l'activité cédée.

En l'espèce, il est constant que si l'Autorité a exposé l'ensemble des éléments de fait et de droit qu'elle a pris en compte, elle n'a fourni aucune méthode de calcul, en se bornant à indiquer au point 191 de sa décision : *« Compte tenu de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus relatifs tant à la gravité des manquements constatés qu'à l'importance de l'atteinte qu'ils sont de nature à engendrer pour la concurrence et aux éléments propres au comportement de Fnac Darty, il y a lieu d'infliger à Fnac Darty une sanction d'un montant de 20 millions d'euros. »*.

Deux des arguments présentés en défense par l'Autorité pour justifier l'absence de méthode explicite ne nous paraissent pas dirimants. D'une part, s'il est exact qu'à la différence de l'article L.464-2 en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 430-8-IV n'indique pas de manière explicite les critères sur lesquels l'Autorité doit se fonder pour décider des sanctions prononcées, il n'en reste pas moins que des critères existent et s'imposent à elle. Vous les avez déduits de l'économie générale de la loi, en jugeant que pour apprécier la proportionnalité du retrait de l'autorisation et des injonctions, mesures que vous qualifiez de sanctions, *« il y a lieu de tenir compte de l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, de l'ampleur des manquements et de la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés »* (cf. les décisions *Société Groupe Canal Plus et Société Vivendi Universal* et *Société Altice Luxembourg et Société SFR Group* précitées). Vous serez de même amenés dans la présente affaire à définir les critères qui s'appliquent aux sanctions pécuniaires. D'autre part, si la méthode de calcul utilisée en matière de pratiques anticoncurrentielles ne peut certainement pas être reprise à l'identique, nous ne voyons pas *a priori* pourquoi il serait impossible d'en définir une autre qui soit adaptée à la répression des manquements aux mesures correctives pour les concentrations.

On peut être sensible à l'intérêt d'une plus grande prévisibilité du mode de calcul des sanctions, pour les entreprises concernées mais aussi peut-être pour l'Autorité. L'article L. 430-8 permet d'aller jusqu'à un maximum de 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France, ce qui laisse une grande latitude à l'Autorité. En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'adoption du communiqué de procédure a fait suite à un arrêt de la cour d'appel de Paris dans l'affaire dite du « cartel de l'acier », dans lequel la cour avait réduit de 575 à 75 millions d'euros le montant des amendes prononcées (CA Paris, 19 janvier 2010, *Société AMD Sud-ouest SAS et autres*, n° 2009/00334). La définition d'une méthode de calcul n'a pas affecté l'efficacité de la répression des pratiques anticoncurrentielles et on peut même faire l'hypothèse qu'elle a accru la prévisibilité des décisions du juge judiciaire, celui-ci tendant à suivre lui-même cette méthode dans l'exercice de son pouvoir de réformation (cf. par exemple CA Paris, 6 novembre 2014, *SNCF*, n° 2013/01128)⁴.

Vous écarterez cependant ce moyen pour une raison simple : aucune règle de droit n'impose à l'Autorité une telle exigence de motivation renforcée. Les sanctions doivent être motivées en vertu de l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration. Mais vous

⁴ Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité sauf sur la prise en compte de la puissance économique de la SNCF et l'existence d'une réitération, et ramène en conséquence le montant de la sanction au « montant de base » retenu par l'Autorité, sans les majorations.

n'imposez que la motivation d'une décision énonce les bases de calcul qui la sous-tendent que sur la base de textes spéciaux, tels que l'article L. 162-22-18 du code de la sécurité sociale cité par la requérante en matière de tarification des établissements de santé (cf. CE, 7 mai 2015, *Min. c/ Clinique Mathilde*, n° 373313, Tab.) ou le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique sur les titres exécutoires (cf. notamment CE, 5 novembre 2003, *Coopérative des agriculteurs de la Mayenne et Coopérative laitière Maine Anjou*, n° 224941, Rec.). Dans ces deux exemples, le montant chiffré fixé par la décision résulte de règles de calcul mécaniques et l'administration ne jouit pas d'un pouvoir d'appréciation, à la différence du type de sanction aujourd'hui en litige.

La société Fnac Darty cite abondamment la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne dans leur contrôle des décisions prises par la Commission européenne en tant qu'autorité de concurrence. Notons d'abord que cette jurisprudence ne s'impose pas à vous dès lors qu'en matière de concentrations, l'ADLC ne fait application que du droit interne⁵.

Elle pourrait bien sûr vous inspirer. Plusieurs des décisions citées montrent que la CJUE et le TUE jugent que la motivation doit être d'autant plus détaillée que la Commission jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation des amendes et qu'elle doit en particulier indiquer les raisons qui la conduisent à adapter les montants de base et la « pondération » des éléments pris en compte (cf. notamment CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission*, C-386/10 P, §61). Toutefois, ces décisions ont toutes été rendues en matière d'ententes et surtout, le renforcement de l'exigence de motivation découle du fait qu'en la matière, la Commission s'est dotée de lignes directrices et doit se justifier lorsqu'elle s'en écarte (cf. notamment TUE, 13 décembre 2016, *Printeos SA et autres c/ Commission*, T-95/15, §48). En matière de concentrations, où la Commission ne s'est pas dotée de telles lignes directrices, le Tribunal exige seulement que la décision fasse apparaître « *de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution* » (TUE, 26 octobre 2017, *Marine Harvest SA c/ Commission*, T-704/14, §446).

Enfin, le communiqué de procédure dont Fnac Darty souhaiterait que vous vous inspiriez constitue un acte de droit souple, présentant la nature de lignes directrices (cf. sur la définition de cet instrument pour les autorités de régulation CE, 13 décembre 2017, *Société Bouygues Télécom et autres*, n° 401799, Rec.) dont l'Autorité peut s'écarter en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général⁶. Or, vous jugez qu'il est loisible à une autorité de régulation de rendre publiques les orientations qu'elle a arrêtées pour l'exercice de ses pouvoirs (CE, 16 octobre 2019, *La Quadrature du Net et Caliopen*, n° 433069, Rec.⁷) ce qui signifie également qu'elle est libre de ne pas le faire. La thèse de la requérante reviendrait à imposer à l'ADLC de se doter de telles lignes directrices et vous ne pourrez donc la suivre.

⁵ A la différence des pratiques anticoncurrentielles où l'Autorité de la concurrence fait application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il y a liaison complète de la compétence et du fond en matière de concentrations. Dès lors qu'une opération n'est pas de dimension communautaire en vertu des seuils fixés par l'article 1^{er} du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, le droit de l'Union européenne ne s'applique pas.

⁶ Comme l'indique le point 7 du communiqué.

⁷ La Commission nationale de l'informatique et des libertés étant qualifiée en l'espèce d'autorité de régulation, pour l'application de la jurisprudence *Fairvesta* (CE, Ass., n° 368082, Rec.) sur la recevabilité des recours contre les actes de droit souple.

2. Nous en venons maintenant aux moyens de légalité interne. Leur examen implique de définir les critères qui doivent guider l'appréciation de l'Autorité lorsqu'elle fixe le montant de la sanction pécuniaire.

Vos précédentes décisions n'ont pas pris position de manière explicite sur ce point. Elles ne fixent un cadre que pour l'appréciation de la proportionnalité du retrait d'autorisation et des injonctions, mesures dont elles soulignent d'ailleurs qu'elles sont « *distinctes de la sanction pécuniaire prévue au quatrième alinéa⁸* » du IV de l'article 430-8. Elles réservent donc la question de savoir si les mêmes critères de proportionnalité doivent être appliqués aux sanctions pécuniaires.

Deux thèses s'affrontent à ce sujet. La société requérante plaide pour une assimilation des sanctions pécuniaires aux autres sanctions prononcées sur le fondement du IV de l'article L. 430-8, dont le quantum devrait tenir compte non seulement de la gravité des manquements mais aussi de la réalité de leurs effets sur la concurrence. L'Autorité soutient qu'à la différence du retrait d'autorisation et des injonctions, les sanctions pécuniaires n'ont pas pour objet de rétablir la concurrence sur les marchés concernés et ont seulement une portée punitive. Elle estime en conséquence, comme il est écrit au point 157 de sa décision, « *qu'il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un manquement a eu des effets réels sur la concurrence, même si la preuve de tels effets peut naturellement être prise en compte* » et que c'est par rapport à l'objectif de l'engagement, c'est-à-dire aux effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir, qu'il convient de raisonner.

L'ensemble des mesures prises sur le fondement de l'article L. 430-8-IV sont des sanctions, comme vous l'avez jugé dans l'affaire *Canal Plus* en vous fondant sur les motifs de la décision du Conseil constitutionnel (décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012). Elles ne se situent cependant pas toutes sur le même plan. Par nature, le retrait de l'autorisation et les injonctions ont pour objet de rétablir la concurrence : comme l'exposaient les auteurs de la chronique des décisions *Groupe Canal Plus*⁹, ces mesures présentent un caractère hybride, tenant à la fois de la sanction et de la mesure de police. C'est pour cette raison que vous jugez, pour ces deux seules mesures, que « *compte tenu de leur objet qui, outre sa portée punitive, est la préservation de l'ordre public économique* », elles doivent être proportionnées à la fois à la « *gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés* ». En revanche, une sanction pécuniaire ne rétablira jamais par elle-même la situation concurrentielle. Elle ne peut que punir le comportement passé.

En jugeant de manière explicite que la sanction pécuniaire a seulement une portée punitive, vous affirmerez plus clairement la complémentarité des instruments que la loi met à la disposition de l'ADLC. Comme l'indiquait Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'affaire *Canal Plus*, l'article L. 430-8-IV instaure une « panoplie » plutôt qu'une « échelle » de sanctions, avec des fonctions différentes. Ainsi, si un engagement n'a pas été exécuté mais ne présente plus, à la date de la décision de l'Autorité, d'enjeu effectif pour la concurrence, il y aura lieu d'infliger une sanction pécuniaire mais pas de prononcer une injonction.

⁸ Il s'agit aujourd'hui du cinquième alinéa.

⁹ X. Domino et A. Bretonneau, « Concentrations : affaires Canal Plus, décodage », AJDA 2013 p. 215.

S'agissant de la sanction juridiquement voisine¹⁰ pour défaut de notification d'une opération de concentration, vous reprenez d'ailleurs une approche indifférente aux effets sur la concurrence de ce manquement (CE, 24 juin 2013, *Société Colruyt France et Etablissements Fr. Colruyt*, n° 360949, Rec. ; 15 avril 2016, *Société Copagef*, n° 375658, Tab., aux conclusions pourtant à chaque fois contraires sur ce point de Claire Legras et Frédéric Aladjidi). Telle est aussi la position de la Cour de cassation concernant le non-respect d'engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 464-2 mentionne explicitement « *l'importance du dommage causé à l'économie* » parmi les critères de fixation de la sanction pécuniaire. En revanche, l'article L. 464-3 prévoit que lorsque des engagements pris par une entreprise pour éviter une telle sanction ne sont pas respectés, l'Autorité peut prendre une sanction dans les limites prévues par l'article L. 464-2, sans fixer de critère. La Cour de cassation en déduit que l'Autorité n'est alors pas tenue d'évaluer le dommage à l'économie, que le quantum de la sanction est fixé « *en fonction des principes généraux d'individualisation et de proportionnalité applicables à toute sanction* » et que « *la gravité des manquements aux engagements pris est appréciée au regard des préoccupations de concurrence auxquelles ces engagements devaient mettre fin* » (Com., 26 septembre 2018, *GIE Les Indépendants*, n° 16-25.403).

Ceci n'implique pas que la réalité des effets des manquements n'ait aucun rôle à jouer dans l'appréciation de la proportionnalité des sanctions pécuniaires, et l'Autorité ne le soutient d'ailleurs pas. S'agissant du défaut de notification d'une opération de concentration, le TUE juge ainsi que « *l'absence d'effets sur le marché [est] un élément pertinent à prendre en compte pour fixer le montant de l'amende* » (TUE, 12 décembre 2012, *Electrabel c/ Commission*, T-332/09, §247). Ce rôle existe mais il est moindre que pour les mesures ayant pour objet de rétablir la concurrence. Pour ces dernières, la proportionnalité s'apprécie directement au regard de l'ampleur des effets : plus forte est l'atteinte à la concurrence, plus forte doit être l'injonction pour la rétablir. Pour les sanctions pécuniaires, la proportionnalité doit s'apprécier par rapport à la gravité des manquements. Leurs effets sur la concurrence sont l'un des éléments permettant d'apprécier cette gravité, comme l'illustre votre décision *Société Altice Luxembourg* du 31 mars 2017 sur le non-respect de l'engagement de cession de la société Outremer Telecom dans le cadre de la fusion SFR-Numericable, mais celle-ci dépend d'abord et avant tout de l'importance des engagements méconnus dans l'économie de la décision d'autorisation.

Vous rejoindrez en revanche la requérante lorsqu'elle soutient que la proportionnalité doit aussi s'apprécier au regard du comportement de l'entreprise et de sa situation financière. L'ADLC ne le conteste d'ailleurs pas et cela découle à nos yeux de l'exigence constitutionnelle d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (cf. la décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005 du Conseil constitutionnel, §3) et s'applique donc à l'ensemble des sanctions présentant le caractère d'une punition. La prise en compte du comportement de l'entreprise, notamment de sa bonne foi dans l'exécution de l'engagement, apparaît particulièrement nécessaire en présence d'une obligation de résultat tel qu'un engagement structurel de cession d'actifs.

¹⁰ Car également prononcée sur le fondement de l'article L. 430-8 du code de commerce, mais sur le paragraphe I de celui-ci.

Quant à la prise en compte des facultés contributives de l'entreprise, le Conseil constitutionnel en a affirmé la nécessité concernant les sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles (cf. la décision n° 2015-510 QPC du 7 janvier 2016).

Pour résumer, **la proportionnalité d'une sanction pécuniaire prononcée sur le fondement de l'article L. 430-8-IV doit s'apprécier en fonction de la gravité des manquements, qui dépend de l'importance des engagements non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives et peut aussi prendre en compte, s'il y a lieu¹¹, l'ampleur des effets de ce non-respect, ainsi que du comportement de l'entreprise et de sa situation financière.**

3. La réponse aux moyens de légalité interne découle en grande part de ce qui précède. La société Fnac Darty reproche d'abord à l'Autorité d'avoir commis une erreur de droit en tenant pour indifférente la question de savoir si les manquements constatés avaient eu des effets réels sur le marché.

Si vous nous avez suivi, vous jugerez que l'Autorité a pu à bon droit se fonder principalement sur la nature des manquements. Deux éléments sont déterminants à cet égard :

- D'une part, la gravité intrinsèque de la méconnaissance d'un engagement pris à l'occasion d'une opération de concentration. Il importe en effet de veiller à ce que les entreprises ne soient pas incitées à proposer des engagements dans le seul but d'obtenir l'autorisation de concentration, en veillant de manière insuffisante à leur capacité à les tenir voire en anticipant leur non-respect. Cette finalité dissuasive de la sanction est reconnue par le Conseil constitutionnel en matière de pratiques anticoncurrentielles (décision du 7 janvier 2016 précitée).
- D'autre part, en l'espèce, Fnac Darty a méconnu la moitié de ses engagements, qui concernaient six des neuf zones de chalandise pour lesquelles l'opération causait des problèmes de concurrence.

Au demeurant, l'Autorité a bien procédé à une analyse de l'évolution de la situation concurrentielle des marchés concernés, puisqu'elle a estimé que les éléments fournis par Fnac Darty à cet égard étaient parcellaires ou reposaient sur des hypothèses non encore réalisées et que Fnac Darty avait pu maintenir ses parts de marché à un niveau élevé dans ces six zones de chalandise. Il ne peut donc lui être reproché de n'en avoir tenu aucun compte dans son appréciation.

4. Le moyen suivant est d'ailleurs tiré de l'erreur qu'elle aurait commise dans son appréciation de la gravité de l'absence de cession des trois magasins. Fnac Darty mobilise à l'appui de ce moyen trois séries d'arguments :

- Le premier repose sur le faible nombre de zones de chalandise concernées au regard de l'ensemble de l'opération ;
- Le second sur la faible durée de l'absence de cession ;
- Le troisième sur l'ouverture de nouveaux points de vente à proximité des magasins non cédés.

¹¹ Il n'y aurait lieu en effet de tenir compte de cette ampleur que si elle s'avère très différente (soit très supérieure, soit très inférieure) de ce qui était attendu lorsque les engagements ont été souscrits.

Le premier argument peut faire hésiter. Il est exact que dans sa décision d'autorisation du 27 juillet 2016, l'Autorité n'avait retenu l'existence de problèmes de concurrence que dans 9 zones de chalandise sur 188¹². Si vous jugiez que la proportionnalité doit s'apprécier directement au regard des effets des manquements sur la concurrence, cet élément jouerait sans doute en faveur d'une minoration de la sanction : les effets de manquements localisés, fût-ce dans la capitale, sont nécessairement moindres que ceux de manquements affectant l'ensemble du territoire national. Mais si vous considérez que l'ampleur des effets n'est en quelque sorte qu'un sous-critère de la gravité des manquements, alors l'argument employé par Fnac Darty n'est pas opérant : c'est uniquement dans le périmètre des engagements souscrits par l'entreprise que la gravité doit être appréciée. Ce qui compte est le ratio entre les engagements méconnus et l'ensemble des engagements, et non celui entre les engagements méconnus et l'ensemble de l'opération.

Sur la question de la durée, Fnac Darty soutient que la période de manquement à prendre en compte ne peut débuter avant le 1^{er} août 2017, date d'échéance des engagements, et s'est achevée avant même la date d'intervention de la sanction, puisque des promesses de ventes des magasins Darty Montmartre et Darty Passy avaient déjà été conclues avec la société Boulanger, dont l'agrément ne faisait pas de doute. L'ADLC soutient devant vous que le 1^{er} août 2017 n'est qu'une date butoir et que l'atteinte à la concurrence a débuté dès la date d'adoption de la décision d'autorisation en juillet 2016. Cet argument ne nous convainc pas tout à fait : si l'on considère que la proportionnalité s'apprécie principalement d'après la gravité des manquements, force est d'admettre que Fnac Darty ne s'est trouvée en situation de manquement qu'à compter du 1^{er} août 2017. Toutefois, la décision attaquée ne comporte pas d'indications explicites sur la durée prise en compte¹³ et rien n'indique donc qu'elle soit fondée sur une durée de manquement supérieure à celle mise en avant par la société.

Enfin, la société met en avant différents événements postérieurs à l'autorisation qui auraient atténué les problèmes concurrentiels posés par l'absence de cession : l'ouverture d'un magasin Boulanger à Levallois, de deux magasins LDLC à Levallois et dans le 15^e arrondissement, l'ouverture imminente d'un Apple Store géant avenue des Champs-Élysées et le développement du commerce en ligne. Face à cet argument, l'ADLC soutient en premier lieu que si des évolutions de la situation concurrentielle avaient remis en cause la nécessité des engagements, Fnac Darty aurait pu demander leur révision, comme le prévoit votre décision *Société Altice Luxembourg* du 28 septembre 2017. Elle répond par ailleurs point par point aux affirmations de Fnac Darty : l'Apple Store et le magasin Boulanger de Levallois n'étaient pas ouverts à la date de la décision de sanction ; aucun nouveau point de vente LDLC n'a été ouvert dans le 15^e arrondissement ; l'ouverture du magasin LDLC à Levallois en avril 2017 n'a d'impact que sur l'une des six zones de chalandise problématiques ; d'autres magasins concurrents ont fermé durant la période postérieure à la décision d'autorisation ; enfin, Fnac Darty a largement bénéficié de la croissance du commerce en ligne. La société

¹² Elle avait procédé à un double « filtrage » pour identifier les zones problématiques : d'une part d'après les parts de marché de la nouvelle entité, en ne retenant que les zones où cette part était supérieure à 50 % ; d'autre part d'après une méthode de « scoring » évaluant la pression exercée par les concurrents.

¹³ Elle relève seulement que les cessions d'actifs ont vocation à intervenir rapidement pour rétablir dès que possible la situation concurrentielle (§147).

Fnac Darty ne réplique pas utilement à cet argumentaire et vous écarterez donc ce moyen d'erreur d'appréciation.

5. Le moyen suivant est tiré d'une erreur d'appréciation quant au comportement de Fnac Darty et aux difficultés qu'elle a rencontrées. La société requérante relève que l'Autorité a pris en compte ses efforts dans la recherche de repreneurs, avant comme après le refus d'agrément du groupe Dray, et ses difficultés pour trouver des repreneurs intéressants. Ses critiques se focalisent sur deux points : le caractère supposément prévisible du refus d'agrément et la non-prise en compte par l'Autorité du rôle joué par le mandataire.

Sur le premier point, rappelons que dans votre décision du 26 juillet 2018, vous avez censuré l'un des deux motifs retenus par l'Autorité pour refuser l'agrément, en raison d'une erreur de méthodologie dans l'application du « scoring », mais vous avez confirmé sa décision sur la seule base du second motif, à savoir le caractère inapproprié du groupe Dray au regard des critères fixés par la décision d'autorisation de la concentration. Vous avez notamment relevé que le groupe Dray, qui n'était pas une grande surface spécialisée (GSS) dans les produits dits « bruns » (téléviseurs, hi-fi, etc) et « gris » (ordinateurs, téléphonie, etc), *« 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 »*.

Vous ne sauriez cependant déduire directement de votre décision que ce refus d'agrément, légalement fondé, était prévisible. Il ne faut pas céder à une forme d'illusion rétrospective¹⁴, consistant à croire, parce que l'on connaît la fin de l'histoire, que celle-ci était d'emblée prévisible. Pour déterminer si Fnac Darty a commis une faute d'imprudence¹⁵, il faut vous replacer en mai 2017, date à laquelle elle a proposé le groupe Dray à l'agrément et où les brumes obscurcissant l'avenir n'étaient pas encore dissipées. Vous pourrez néanmoins tenir compte du discernement qui peut être attendu d'un opérateur de cette taille, disposant de moyens d'analyse économique et juridique importants.

Il faut repartir de ce qui était alors connu, c'est-à-dire les critères énoncés par l'Autorité dans sa décision d'autorisation du 27 juillet 2016. Celle-ci avait indiqué que la cession devrait s'effectuer en priorité auprès d'une GSS concurrente de la nouvelle entité ; qu'à défaut, d'autres acteurs seraient envisageables, notamment des *« acteurs émergents sur le marché parisien »* ; que *« 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 »* (§540).

Le groupe Dray est un acteur spécialisé dans les « produits blancs », c'est-à-dire l'électroménager. Fnac Darty persiste à jouer sur l'ambiguïté supposée des termes *« acteurs émergents sur le marché parisien »*. Il ressort pourtant clairement du rapprochement avec la phrase suivante que l'émergence porte sur la présence à Paris, et non sur l'appartenance au segment des produits bruns et gris. La seule interprétation qui aurait permis au groupe Dray

¹⁴ Que l'historien François Furet définissait comme le *« postulat de la nécessité de "ce qui a eu lieu" »*.

¹⁵ L'Autorité qualifie son comportement *« d'exagérément optimiste »* (§174).

d'être regardé comme agréable aurait consisté à admettre que dès lors qu'il s'engageait sur les deux magasins concernés à maintenir les surfaces de produits bruns et gris, il devenait *ipso facto* un acteur spécialisé dans ce domaine. Une telle interprétation était très constructive et donc incertaine. La faute d'imprudence nous paraît ainsi caractérisée.

Nous en venons au rôle joué par le mandataire. Rappelons que les engagements prévoyaient deux phases : durant la première phase, qui a duré du 1^{er} septembre 2016 au 1^{er} mars 2017, Fnac Darty devait trouver des repreneurs par ses propres moyens ; durant la seconde phase, du 1^{er} mars au 31 juillet 2017, un mandataire exclusif chargé de la cession était désigné. Un mandataire chargé du contrôle, notamment de veiller à ce que Fnac Darty ne dégrade pas la compétitivité des actifs à céder, devait aussi être désigné dès la première phase. C'est un unique mandataire, le cabinet Finexsi, qui a été désigné pour les deux missions. Vous avez jugé dans l'une de vos décisions du 26 juillet 2018 que le mandataire, bien que rémunéré par Fnac Darty, agissait « *pour le compte et sous le contrôle de l'Autorité* ».

Le cabinet Finexsi a rédigé trois avis successifs sur la demande d'agrément du groupe Dray, le 24 mai, le 3 juillet et le 13 juillet 2017, en sa qualité de mandataire chargé du contrôle. Les deux premiers avis étaient favorables à l'agrément, tandis que le dernier, qui faisait suite à ce que l'on peut qualifier de « recadrage » du mandataire par l'Autorité sur la notion d'acteur émergent, admettait le caractère non agréable tout en maintenant l'analyse initiale sur la capacité de Dray à concurrencer Fnac Darty. Devant vous, Fnac Darty soutient que ces rapports successifs confirment le caractère difficilement prévisible du refus d'agrément. Elle met en avant la lettre écrite par la commissaire du gouvernement¹⁶ auprès de l'Autorité préalablement à la délibération sur la sanction, qui développe en substance la même thèse et invite l'Autorité à la clémence.

Pourtant, ces positions prises par le mandataire ne nous paraissent pas remettre en cause l'appréciation portée sur l'imprudence de Fnac Darty. Il est constant que la société n'a pas été destinataire de ces avis avant la décision de refus d'agrément et elle n'a donc pu être induite en erreur par eux. En outre, c'est de manière autonome que Fnac Darty a conclu le 6 avril 2017 des promesses de vente avec le groupe Dray, sous condition suspensive en cas de refus d'agrément, et a proposé Dray à l'agrément le 11 mai 2017. Le mandataire chargé de la cession ne devait intervenir qu'ultérieurement, en cas d'agrément, pour négocier ses modalités précises et notamment son prix. C'est donc bien Fnac Darty qui a pris la responsabilité du choix de Dray, l'erreur d'analyse commise par le mandataire n'ayant pas joué un rôle déterminant dans ce choix.

Pour résumer notre appréciation du comportement Fnac Darty, et tout en admettant volontiers que notre position est plus confortable que celle qui était la sienne au printemps 2017, il nous semble qu'elle a fait un pari risqué en proposant Dray à l'agrément. Certes, elle n'avait pas d'alternative, aucun autre repreneur n'ayant fait d'offre ferme. Mais la voie à privilégier dans cette hypothèse était clairement la demande de révision des engagements.

6. La société soutient ensuite que l'Autorité a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de sa situation financière pour fixer le quantum de la sanction. Elle reproche à

¹⁶ Qui est la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

l'Autorité de ne s'être fondée que sur le chiffre d'affaires, égal à 5,7 milliards d'euros, alors que seul le résultat avant impôt, qui n'a été que de 37,5 millions d'euros au titre de l'exercice clos en 2017, donnait une idée juste de sa capacité contributive.

Il est exact que la décision attaquée ne mentionne que le chiffre d'affaires, pour en déduire le plafond légal de la sanction qui est de 5 % de celui-ci, soit en l'espèce 286,6 millions d'euros. Et vous veillez à la proportionnalité de la sanction à la situation financière de l'entreprise (cf. notamment la décision *Groupe Canal Plus*). Toutefois, il ne saurait être déduit de l'absence de mention du résultat de l'entreprise dans la décision que l'Autorité n'en a tenu aucun compte. L'Autorité fait valoir sans être contredite que dans le cadre de la procédure contradictoire, la société Fnac Darty n'a pas fait valoir de difficultés financières particulières, ce qui peut justifier que la motivation de la décision ne s'y arrête pas. C'est dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la sanction que vous pourrez déterminer si l'Autorité n'a pas été excessivement sévère au vu de la faiblesse des marges bénéficiaires de cette entreprise.

7. Ceci nous amène au dernier moyen, tiré de la méconnaissance des principes de proportionnalité et d'individualisation de la sanction. Statuant comme juge de plein contentieux, vous contrôlez donc pleinement l'appréciation portée par l'Autorité quant au montant de la sanction. Vous avez jusqu'ici procédé à des réductions du montant de la sanction prononcée dans deux types d'hypothèse :

- Lorsque certains des manquements retenus par l'Autorité ne sont pas constitués (cf. la décision *Groupe Canal Plus*, qui ramène la sanction pécuniaire de 30 à 27 millions d'euros) ;
- Lorsqu'il ressort des motifs de la sanction qu'elle repose sur une appréciation incorrecte de certains paramètres, tels que le comportement de l'entreprise (cf. la décision précitée *Société Copagef*, qui ramène la sanction de 4 à 3 millions d'euros).

En l'espèce, l'existence des manquements n'est pas contestée. Et si vous nous avez suivis, vous ne relèverez aucune erreur d'appréciation de l'Autorité sur les différents paramètres.

Reste à déterminer si compte tenu de ces manquements et des paramètres que l'Autorité a correctement retenus, notamment sur l'appréciation du comportement de Fnac Darty, ainsi que de sa situation financière, le montant de 20 millions d'euros doit être considéré comme excessif. L'appréciation est délicate compte tenu de la grande latitude dont dispose l'Autorité, puisqu'elle pouvait en l'espèce prononcer une sanction allant de 0 à 286,6 millions d'euros. Mais à l'évidence, la sanction prononcée est très loin du maximum légal, dont elle ne représente que 7 %. Elle nous paraît suffisante pour inciter les entreprises à ne proposer que des engagements qu'elles soient suffisamment certaines de pouvoir tenir, tout en tenant compte, comme cela ressort des motifs de la décision, des efforts accomplis par Fnac Darty pour parvenir à céder les magasins. En dépit de la faiblesse relative du bénéfice, il n'est pas allégué que Fnac Darty était en situation de difficulté financière ou que la sanction l'aurait placée dans cette situation.

La comparaison faite par la société avec d'autres sanctions prononcées par l'Autorité ne vous retiendra pas. Chaque affaire doit être appréciée d'après ses caractéristiques propres et non par comparaison avec d'autres. Au demeurant, les précédents cités ne font pas apparaître de disproportion choquante. Comme l'indique l'Autorité en défense, la sanction infligée

représente un pourcentage du chiffre d'affaires plus faible que dans les affaires Canal Plus et Outremer Telecom citées par la requérante. Ce dernier moyen sera donc écarté.

PCMNC au rejet de la requête.