

**N° 340834**

**Société Groupe Partouche**

**3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-sections réunies**

**Séance du 7 décembre 2011**

**Lecture du 23 décembre 2011**

## **CONCLUSIONS**

**M. Vincent DAUMAS, Rapporteur Public**

En vue de créer une offre conjointe de jeu de poker en ligne, dans le nouveau cadre législatif issu de la loi du 12 mai 2010<sup>1</sup>, le groupe Lucien Barrière et la société La Française des Jeux (FDJ), détenue à hauteur de 72% de son capital par l'Etat, ont entendu créer une entreprise commune dénommée LB Poker. Cette opération a été notifiée à la Commission européenne au titre de ses pouvoirs de contrôle des concentrations. Celle-ci a décidé de ne pas s'y opposer. Par un arrêté du 28 mai 2010, la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat ont approuvé la prise de participation financière par la société FDJ au capital de LB Poker à hauteur de 43,84% du capital pour un montant maximum de 8 millions d'euros. La société Groupe Partouche, concurrent sur ce nouveau marché, vous demande l'annulation pour excès de pouvoir de cet arrêté. Relevons qu'elle a par ailleurs demandé au Tribunal de première instance de l'Union européenne l'annulation de la décision de non-opposition prise par la Commission.

\*

La société Groupe Partouche a certainement un intérêt lui donnant qualité pour agir à l'encontre de l'arrêté qu'elle attaque. La société FDJ a présenté une intervention en défense. Elle a bien évidemment intérêt au maintien de cet arrêté. Relevons que cette intervention a été introduite avant même que le ministre de l'économie ne présente son premier mémoire en défense, mais il nous semble qu'elle s'est trouvée régularisée à la suite de l'enregistrement de ce mémoire qui tend également au rejet de la requête. Vous admettez donc cette intervention.

\*

L'arrêté litigieux a été pris sur le fondement de l'article 2 du décret (n° 53-707) du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social. Cet article dispose que : « Les cessions, prises ou extensions de participation financière réalisées par les organismes contrôlés en vertu du présent décret ou en application des régimes spéciaux mentionnés à l'article 1er sont approuvées par un arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances et du ou des ministres intéressés qui en précise le montant en valeur absolue et en pourcentage ».

---

<sup>1</sup> Loi n° 2010-476 relative à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

Cet arrêté n'est pas un acte réglementaire<sup>2</sup> et il vous appartient donc de vous interroger sur votre compétence – d'autant qu'elle est contestée par la FDJ et le ministre de l'économie dans les observations qu'il a présentées. Il vous faut donc déterminer si une des dispositions de l'article R. 311-1 du code de justice administrative permet de regarder cette requête comme relevant de votre compétence de premier ressort plutôt que de celle des tribunaux administratifs. A ce titre, vous ne pourrez faire jouer aucune connexité avec une requête dont vous seriez compétents pour connaître en vertu des dispositions du 4° de l'article R. 311-1, qui vous attribuent notamment le contentieux des décisions prises par l'Autorité de la concurrence dans l'exercice de sa mission de régulation : en effet, nous vous l'avons dit, la Commission européenne s'est estimée compétente pour exercer ses pouvoirs de contrôle des concentrations de dimension européenne et autoriser l'opération, de sorte que l'autorité nationale de concurrence n'a pas eu son mot à dire.

Les dispositions du 7° de cet article, introduites dans le CJA en 2001, prévoient la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des « recours dirigés contre les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques ». Il y a deux manières de lire ces dispositions.

Soit vous en faites une lecture stricte. Ne relèveraient de ces dispositions que les décisions prises par le ministre chargé de l'économie dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle des concentrations. C'est sans doute cette lecture qu'a retenue votre juge des référés en 2001, dans une ordonnance non fichée, en rejetant comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître en premier ressort des conclusions à fin de suspension d'un arrêté autorisant EDF à prendre une participation de 100% au sein d'une société (CE ord. réf. 18 oct. 2001, n° 328996, Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production et autres).

Soit vous admettez une lecture un peu plus souple de ces dispositions. En relèveraient les décisions ministérielles ayant pour objet d'autoriser ou de refuser d'autoriser une opération qui relève d'une concentration soumise au contrôle des concentrations économiques, c'est-à-dire une opération qui est une condition nécessaire à la réalisation d'une telle concentration, même lorsque ces décisions ministérielles ne sont pas prises au titre des pouvoirs ministériels de contrôle des concentrations.

De manière générale, il est vrai qu'il n'y a aucune raison de lire largement les dispositions de l'article R. 311-1 du CJA, alors qu'elles prévoient des dérogations par rapport au principe selon lequel le tribunal administratif est le juge administratif de premier ressort. Toutefois, nous voyons trois raisons qui militent, s'agissant spécifiquement du 7° de l'article R. 311-1, en faveur d'une lecture large.

En premier lieu, la lettre des dispositions qui figurent au 7° paraît y inviter. Nous vous l'avons dit, elles ne mentionnent pas les décisions ministérielles prises « dans l'exercice » des pouvoirs de contrôle des concentrations économiques – c'est-à-dire les pouvoirs prévus à l'art. L. 430-7-1 du code de commerce, devenus résiduels depuis que la loi du 4 août 2008<sup>3</sup> a confié l'essentiel de la compétence en matière de contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence. Non, les dispositions du 7° de l'article R. 311-1 du CJA mentionnent les dispositions prises « en matière » de contrôle des concentrations, ce qui nous semble plus large.

---

<sup>2</sup> Il s'agit d'un acte de tutelle, que la jurisprudence range en principe parmi les actes non réglementaires (CE assemblée, 8 janvier 1971, Urssaf des Alpes maritimes, n° 7158, au Recueil p. 11).

<sup>3</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, article 96.

En second lieu, en les introduisant dans le code de justice administrative entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2001<sup>4</sup>, les auteurs de ces dispositions entendaient conforter votre compétence en premier ressort à l'égard des décisions ministérielles prises en cette matière. Il s'agissait avant tout de permettre un jugement rapide des recours dirigés contre ces décisions, dans une matière « où il est nécessaire que le sort des acteurs économiques puisse être fixé rapidement par une décision rendue en dernier ressort » (concl. J.-H. Stahl sur CE section 9 avr. 1999, Société Interbrew France, n° 191654, au Recueil). Or, cette préoccupation s'étend à toutes les décisions ministérielles qui concourent à autoriser ou interdire une opération de concentration, pas seulement celles prises dans l'exercice des pouvoirs de contrôle prévus à l'article L. 430-7-1 du code de commerce.

En troisième lieu, cette interprétation peut prendre appui sur les dispositions de l'article L. 311-1 du CJA, selon lesquelles « les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer au Conseil d'Etat ». Or, des considérations de bonne administration de la justice plaident, nous l'avons dit, en faveur d'un jugement rapide des recours dirigés contre les décisions par lesquelles l'administration autorise ou empêche une opération de concentration.

Indiquons enfin que le volume du contentieux ainsi attrait dans votre compétence de premier ressort ne doit pas vous faire hésiter. Il doit être évalué, d'après les précédents que nous avons pu identifier, à moins d'une ou deux affaires par an, ce qui ne vous encombrera pas.

Avant de terminer sur la question de votre compétence il faut encore préciser la manière dont vous appréhendez l'existence d'une opération de concentration.

L'art. L. 430-1 du code de commerce dispose qu'il y a concentration économique notamment lorsque « une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ». Ces mêmes dispositions assimilent à une concentration « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ». Cette définition est identique, en substance, à celle posée par l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Elle n'est pas d'un maniement immédiat. Si, en règle générale, l'appréciation de l'existence d'une concentration ne pose pas de difficulté, elle peut supposer dans certains cas un examen attentif du dossier, non seulement en droit, mais aussi en fait. Or il serait peu opportun de subordonner le jeu d'une règle de compétence à un examen du fond du dossier. Mais nous croyons qu'il est possible d'en faire l'économie en faisant dépendre votre compétence de l'existence d'une notification de l'opération aux autorités de concurrence. Rappelons en effet que la procédure de contrôle des concentrations est engagée à l'initiative des parties à l'opération de concentration : il leur appartient d'apprécier si l'opération à laquelle elles se livrent est une concentration et si les seuils de chiffre d'affaires prévus par les textes sont dépassés ; dans l'affirmative, il leur incombe de la notifier à l'autorité de concurrence compétente – Autorité de la concurrence ou Commission européenne. Si elles s'en abstiennent

---

<sup>4</sup> Décret n° 2000-389 du 4 mai 2000.

à tort, elles encourent de lourdes sanctions pécuniaires<sup>5</sup>, de sorte qu'en pratique, en cas de doute, les parties à l'opération tendent à procéder à cette notification.

Il sera certainement rare, dans les faits, que le juge soit saisi d'une décision prise en matière de contrôle des concentrations avant qu'une telle notification intervienne. Et si tel était le cas, cette notification interviendrait sans doute très rapidement après sa saisine. La compétence s'appréciant en principe, sauf règle contraire, à la date à laquelle le juge statue, il lui appartiendrait avant de trancher le litige, si les parties ne l'ont pas spontanément éclairé sur ce point, de faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour savoir si l'opération a été notifiée. La plupart du temps, en réalité, les autorités de concurrence se seront prononcées avant lui.

Nous vous proposons donc de juger que vous êtes également compétents, en vertu des dispositions du 7° de l'article R. 311-1 du CJA, pour connaître des recours dirigés contre toute décision ministérielle, prise dans le cadre de pouvoirs de contrôle autres que ceux qui sont prévus à l'article L. 430-7-1 du code de commerce, autorisant ou refusant d'autoriser une prise de participation qui relève d'une opération de concentration notifiée à une autorité de concurrence au titre du contrôle des concentrations économiques.

\*

Votre compétence admise, nous pouvons en venir à l'examen des moyens soulevés par la société Groupe Partouche à l'encontre de l'arrêté litigieux.

**1.** Il est soutenu tout d'abord que l'arrêté attaqué serait entaché de diverses illégalités externes. Aucun de ces reproches n'est fondé.

En premier lieu, la société Groupe Partouche soutient, dans le dernier état de ses écritures, que l'arrêté aurait dû être contresigné par la secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargée de la prospective et de l'économie numérique. Mais si l'on se réfère au décret précisant les attributions qui lui sont déléguées<sup>6</sup>, on n'en trouve aucune relative au contrôle des entreprises publiques, ni aux jeux d'argent ou de hasard en ligne.

En second lieu, il est fait grief aux auteurs de l'arrêté de n'avoir pas consulté l'Autorité de la concurrence. Mais les dispositions des articles L. 462-1 et suivants du code de commerce se bornent à prévoir une consultation obligatoire de cette autorité sur certains projets de textes réglementaires. Or l'arrêté attaqué, nous l'avons dit, n'est pas un texte réglementaire.

En troisième lieu, est soulevé un défaut de consultation de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL). Mais les dispositions de l'article 34 de la loi du 12 mai 2010, qui définissent les missions de cette autorité, ne nous semblent avoir prévu aucune hypothèse de consultation obligatoire.

En quatrième lieu, il est soutenu que l'arrêté attaqué serait insuffisamment motivé. Mais nous ne parvenons pas à identifier de quel principe ou de quelles dispositions pourrait découler l'obligation de le motiver. Il ne s'agit pas, notamment, d'une décision défavorable au sens de la loi du 11 juillet 1979.

---

<sup>5</sup> Voir l'art. L. 430-8 du code de commerce et l'art. 14§2 du règlement (CE) n° 139/2004.

<sup>6</sup> Décret n° 2009-118 du 2 février 2009.

2. Ces moyens de légalité externe écartés, on peut en venir au bien-fondé de l'arrêté attaqué. Un premier moyen est tiré de ce qu'en autorisant la FDJ à étendre son domaine d'activité aux jeux de casino en ligne, donc au-delà des seuls jeux de loterie, il méconnaît le principe de spécialité qui, selon la requête, s'imposerait à la FDJ.

Toutefois, ainsi que le rappelle votre décision du 29 avril 1970 Société Unipain (n° 77935, au Recueil p. 280), d'ailleurs citée par la requérante, le principe de spécialité « concerne les personnes morales de droit public ayant une compétence limitée ou précisée par les textes les instituant ». Il ne borne donc pas le champ des activités de la FDJ, qui n'est pas une personne morale de droit public mais une société commerciale.

Certes, l'article 17 du décret (n° 78-1067) du 9 novembre 1978 relatif à l'organisation et à l'exploitation des jeux de loterie lui assigne pour mission « d'organiser et d'exploiter » ces jeux. De même, l'article 18 du décret (n° 85-390) du 1<sup>er</sup> avril 1985 relatif à l'organisation et à l'exploitation des jeux de pronostics sportifs lui confie l'organisation de ces jeux. Mais l'attribution de ces missions qui lui sont réservées n'implique pas que la FDJ ne pourrait étendre son activité au-delà.

En l'absence de dispositions interdisant à la FDJ le développement d'une activité dans le secteur des jeux en ligne, nous ne voyons pas ce qui en soi l'empêcherait.

3. Les moyens qui suivent ont trait, pour l'essentiel, au respect du droit de la concurrence. Celui-ci, vous le savez, fait partie du bloc de légalité auquel sont soumis les actes administratifs (CE section 8 nov. 1996, n° 122644, Fédération française des sociétés d'assurance, Recueil p. 441 ; CE section 3 nov. 1997, Société Million et Marais, Rec. p. 406).

31. Il est soutenu d'abord que l'arrêté attaqué est entaché d'un « défaut de base légale » au motif que les ministres n'auraient pas recherché s'il était susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels. Mais rien ne vient étayer cette affirmation. Vous écarterez le moyen comme dénué des précisions nécessaires pour en apprécier le bien-fondé.

32. Il est soutenu ensuite que l'arrêté attaqué serait entaché de détournement de procédure. Mais l'argumentation selon laquelle l'arrêté n'aurait été pris qu'en vue de nuire aux intérêts du groupe Partouche n'est assortie d'aucun début de démonstration. Le moyen ne peut qu'être écarté.

33. Le dernier moyen soulevé a plus de substance.

Avant d'y venir, et comme toujours lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les règles du droit de la concurrence, il faut commencer par déterminer quels sont les marchés pertinents sur lesquels ces règles doivent s'appliquer. Comme l'a relevé l'Autorité de la concurrence dans un avis (n° 11-A-02) du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, la définition des marchés pertinents de ce secteur d'activité est délicate compte tenu de son caractère très récent. Ce qui paraît pouvoir être retenu, c'est que les jeux de pur hasard, comme les loteries, et les jeux dits « d'expertise » ou de « hasard partiellement maîtrisé », comme le poker, ne relèvent pas des mêmes marchés. Par ailleurs, les jeux de loterie « en dur » (c'est-à-dire accessibles par l'intermédiaire de points de vente physiques) et les jeux de loterie en ligne paraissent relever de deux marchés distincts, de même pour le poker en casino et le poker en ligne. Ainsi nous serions conduits, pour notre affaire, à distinguer deux marchés pertinents des jeux de loterie, l'un en « dur » et l'autre en ligne, tous deux de dimension

nationale, sur lesquels la FDJ dispose d'un droit exclusif et donc d'une position dominante. Il y aurait par ailleurs le marché du jeu de poker en ligne (seul jeu de cercle en ligne autorisé), également de dimension nationale. Et enfin un ensemble de marchés locaux des jeux de cercle en casinos, délimités par des zones de chalandises correspondant à une heure de trajet en voiture autour de ces établissements de jeux (voir en ce sens la décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-20 du 13 mai 2005).

Selon le moyen soulevé, l'arrêté litigieux serait entaché, à la fois, d'une erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il produirait des effets anticoncurrentiels. Relevons, à titre liminaire, que votre contrôle ne nous semble pas limité, sur cette question, à l'erreur manifeste d'appréciation. C'est un contrôle normal que vous pratiquez lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets d'une concentration (CE section 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company, n° 201853, p. 119) et il nous semble qu'il n'est pas différent lorsqu'il s'agit de vérifier qu'un acte administratif ne place pas un opérateur sur un marché en situation de contrevenir aux règles de la concurrence (en ce sens CE avis section 22 novembre 2000 Sté L&P Publicité, n° 223645, au Recueil). En l'espèce, les effets anticoncurrentiels allégués sont de trois ordres.

En premier lieu, l'arrêté placerait la FDJ en situation d'exploiter la position dominante qu'elle détient en raison de son monopole sur les jeux de loteries pour perturber, au travers de LB Poker, le marché concurrentiel des jeux de poker en ligne. Cette argumentation nous semble revêtir deux aspects.

Tout d'abord, la société requérante reproche à l'arrêté de mettre la FDJ en situation d'utiliser les gains tirés de l'exploitation de son monopole pour subventionner l'offre conjointe de poker en ligne développée avec le groupe Barrière. Cette argumentation ne peut qu'être écartée. En effet, une telle perturbation d'un marché ne peut venir seulement d'une prise de participation, peu important d'ailleurs à cet égard qu'elle soit financée grâce à des ressources dégagées par l'exploitation d'une position dominante sur un autre marché. Une telle perturbation ne pourrait résulter, nous semble-t-il, que d'une pratique anticoncurrentielle identifiée sur ce marché (barrière à l'entrée, prix prédateurs...). Or nous ne voyons pas en quoi l'autorisation ministérielle attaquée pourrait dicter un tel comportement à la FDJ ou à sa nouvelle filiale. Rappelons en effet que, pour que l'arrêté attaqué soit illégal, il faut non seulement qu'il y ait position dominante, non seulement qu'il y ait abus de cette position dominante, mais encore que cet abus résulte nécessairement de cet acte (pour une illustration récente, voyez CE 23 déc. 2010, n° 310775, Mutuelle centrale des finances, aux tables du Recueil).

Il est ensuite soutenu, très cursivement, que l'arrêté attaqué met la FDJ en situation d'exploiter, sur le marché du poker en ligne, une notoriété et une image de marque qu'elle n'a développées que grâce à sa position monopolistique dans le secteur des jeux de loterie. Ce second aspect de l'argumentation est plus intéressant. Mais là encore, la critique ne peut être imputée à l'arrêté litigieux. Ce dernier se borne à autoriser une prise de participation. Le choix fait par les entreprises concernées d'utiliser, dans leur communication commerciale, le nom et le logo de la FDJ ne découle pas mécaniquement de l'arrêté attaqué. Il s'agit peut-être d'une pratique anticoncurrentielle répréhensible mais cette appréciation ne vous appartient pas et relève du contrôle des autorités de concurrence.

Nous vous proposons donc d'écarter cette première partie de l'argumentation présentée, en ses deux aspects.

En deuxième lieu, il est soutenu que la création de LB Poker renforcerait la position dominante du groupe Barrière sur le marché des jeux de cercle dans les casinos.

L'argumentation est assez fruste puisqu'en réalité, nous l'avons dit, il semble exister non pas un marché des jeux de cercle de dimension nationale, mais un ensemble de marchés locaux. Or, aucun élément n'est fourni qui viendrait étayer l'affirmation selon laquelle le groupe Barrière occuperait une position dominante sur les marchés des jeux de casinos et, a fortiori, rien ne démontre qu'il serait conduit à en abuser du fait de la prise de participation autorisée par l'arrêté attaqué.

En troisième lieu, il est soutenu que le groupe Barrière, ou du moins sa filiale commune avec la FDJ, serait favorisée sur le marché du poker en ligne du fait de la crédibilité que donne à son offre la coopération avec cette dernière. Là encore c'est possible et même vraisemblable mais, là encore, cela ne suffit pas à démontrer l'illégalité de l'arrêté attaqué. Même en supposant que cette crédibilité résulte de la seule intervention de l'arrêté attaqué, ce dont nous doutons, on ne voit pas en quoi cet avantage aurait pour effet de créer une position dominante du groupe Barrière, par l'intermédiaire de sa filiale LB Poker, sur le marché du poker en ligne, et encore moins en quoi l'arrêté le conduirait automatiquement à en abuser.

Vous écarterez ce dernier moyen de la requête.

\*

Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat la somme que la société Groupe Partouche demande à ce titre.

La société FDJ présente également des conclusions à ce titre. Elle est intervenante, mais il est certain qu'elle aurait qualité pour former tierce opposition contre votre décision si celle-ci lui était défavorable et si elle n'avait pas été présente à l'instance. Par ailleurs il nous semble exclus de considérer qu'elle puisse être représentée dans cette instance par l'Etat. Elle doit donc être regardée comme une partie au sens des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA (CE 10 janv. 2005, Association Quercy-Périgord contre le projet d'aéroport de Brive-Souillac et ses nuisances, n° 265838, aux tables p. 1052 ; CE 11 déc. 2009, Syndicat national des entreprises exploitant les activités physiques et récréatives des loisirs marchands, n° 314885, aux tables). Vous pourrez faire partiellement droit à ses conclusions présentées à ce titre en mettant à la charge de la société Groupe Partouche le versement à son profit de la somme de 3 000 euros sur les 10 000 qu'elle demande.

Par ces motifs nous concluons :

- à ce que l'intervention de la société FDJ soit admise ;
- au rejet de la requête de la société Groupe Partouche ;
- à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de cette dernière au profit de la société FDJ au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA.