N° 381711
Société Brenntag SA

3e et 8e sous-sections réunies
Séance du 13 février 2015
Lecture du 6 mars 2015

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

La présente affaire pose la question de l'ordre de juridiction compétent pour connaître des recours dirigés contre les actes d'investigation émanant des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, dans le cadre d'enquêtes sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Elle illustre assez bien le penchant à la contestation tous azimuts dont font montre les opérateurs économiques soumis au contrôle de l'Autorité. Si vous nous suivez vous déclinerez la compétence de l'ordre administratif.

La société anonyme Brenntag exerce une activité de distribution de produits chimiques de base. Des plaintes la concernant ont été déposées devant l'Autorité de la concurrence, faisant état de pratiques anticoncurrentielles prohibées par les articles L. 420-1 et suivants du code de commerce. Dans le cadre de l'instruction de ces plaintes, des rapporteurs permanents de l'Autorité, mettant en œuvre les pouvoirs d'enquête qu'ils tiennent des articles L. 450-1 et suivants du même code, ont adressé à la société Brenntag, par courriel du 23 avril 2014, une demande de communication de nombreux documents et renseignements. La société a contesté cette demande de manière très véhémente et très argumentée – relevons, c'est un élément de contexte, que la société avait été mise en cause dans le cadre de plusieurs autres procédures devant l'Autorité de la concurrence, dont certaines ont débouché sur des sanctions[1]. Les rapporteurs ont répondu par lettre du 15 mai 2014, en maintenant leur demande et en l'assortissant d'un rappel des pouvoirs d'injonction et de sanction prévus au V de l'article L. 464-2 du code de commerce en cas, respectivement, de refus d'une entreprise de déférer à une demande de renseignements ou de communication de pièces et d'obstruction au déroulement de l'investigation ou de l'instruction.

La société Brenntag conteste devant vous, par la voie du recours pour excès de pouvoir, ce courriel du 23 avril et cette lettre du 15 mai 2014. L'Autorité de la concurrence soutient en défense que la contestation de ces actes ne ressortit pas à la

1 Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-12 du 28 mai 2013.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

compétence de l'ordre administratif. Notons que la requérante vous demande d'écarter ces écritures des débats : elle reproche au président de l'Autorité, membre du collège, qui les a signées, de venir défendre des actes émanant des agents des services d'instruction, en méconnaissance, selon elle, du principe de séparation entre le collège et les services d'instruction de l'Autorité. Mais en vertu des dispositions de l'article R. 461-1 du code de commerce, « le président de l'Autorité de la concurrence la représente en justice (…). Dans ce cadre, il signe les actes et pièces au nom de l'Autorité ». En l'absence d'exception d'illégalité critiquant ces dispositions, vous jugerez qu'il n'y a pas lieu d'écarter des débats le mémoire en défense produit au nom de l'Autorité.

Vous savez que l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative qui met en œuvre, que ce soit dans l'exercice de sa compétence de contrôle des concentrations économiques ou dans celle de répression des pratiques anticoncurrentielles, des prérogatives de puissance publique. Le contrôle des actes qu'elle prend dans l'exercice de ces compétences relève donc, en vertu d'un principe constitutionnel, de la compétence de la juridiction administrative. Vous savez aussi que, lorsque la mise en œuvre de cette règle de compétence pourrait conduire à ce que le contentieux suscité par une législation ou une réglementation particulière soit réparti entre les deux ordres de juridiction, le Conseil constitutionnel a admis que le législateur unifie ce contentieux au profit de l'ordre principalement concerné, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. C'est précisément ce qu'il a fait, et ce que le juge constitutionnel a jugé conforme à la Constitution, dans le cas du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, devenu depuis lors l'Autorité de la concurrence : disons, en schématisant, que le contentieux des décisions de l'Autorité en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles a été confié au juge judiciaire – plus précisément, à la cour d'appel de Paris ; alors que celui des décisions prises en matière de contrôle des concentrations est resté dans votre giron (sur tous ces points, voir Cons. const. 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, décision n° 86-224 DC, commenté dans les « Grands arrêts de la jurisprudence administrative »[2]).

« En schématisant » disions-nous car derrière l'apparente évidence de ce partage, il reste des hypothèses à éclaircir. La compétence de l'autorité judiciaire à l'égard des décisions de l'Autorité de la concurrence se limite en effet aux seuls contentieux visés par les dispositions combinées des articles L. 464-7 et L. 464-8 du code de commerce, ainsi que la Cour de cassation l'a rappelé tout récemment (Cass. com. 8 avril 2014, n° 13-11.765, Bull. IV n° 68). Votre propre jurisprudence est tout à fait sur la même ligne. Vous avez ainsi déjà pris position, par le passé, sur le pouvoir conféré à l'Autorité de la concurrence par l'article L. 430-9 du code de commerce. Ces dispositions prévoyaient alors que le Conseil de la concurrence pouvait demander au ministre de l'économie de prendre toutes mesures nécessaires pour modifier ou mettre fin à une concentration déjà

2 Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », Dalloz, 19e édition 2013 (commentaire n° 88, p. 634).

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

accomplie lorsque celle-ci a permis l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique. Le texte a depuis lors été modifié pour permettre à l'Autorité de prononcer ces mesures elle-même. Il s'agit, en quelque sorte, de remédier au constat de pratiques anticoncurrentielles lorsque l'exercice du contrôle *a priori* sur les concentrations économiques n'a pas permis de les éviter. Or les décisions prévues à l'article L. 430-9 ne sont pas mentionnées parmi celles dont le contentieux est attribué à l'autorité judiciaire en vertu des articles L. 464-7 et L. 464-8. Après avoir rappelé la compétence de principe de la juridiction administrative pour connaître des décisions de l'Autorité de la concurrence, vous avez jugé qu'en l'absence de disposition législative expresse dérogeant à ce principe, il appartient à cette juridiction de connaître de la légalité des actes pris pour l'application de l'article L. 430-9 (CE 7 novembre 2005, Compagnie générale des eaux, n° 271982, au Recueil).

C'est la même logique qui a conduit vos 9e et 10e sous-sections réunies, tout récemment, à reconnaître la compétence de la juridiction administrative dans une décision dont la société Brenntag se prévaut avec insistance : CE 10 octobre 2014, Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées, n° 367807, aux tables du Recueil. Il est nécessaire de s'attarder un peu sur cette affaire.

Vous étiez saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus d'abroger une disposition réglementaire, l'article R. 464-29 du code de commerce, pris pour l'application de l'article L. 463-4 du même code. Ce dernier confie au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence le soin d'apprécier si des informations ou documents transmis à l'Autorité sont susceptibles de mettre en jeu le secret des affaires et, dans cette hypothèse, si leur communication est néanmoins nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause devant l'Autorité. Cette tâche confiée au rapporteur général lui incombe, comme vous le relevez dans votre décision, aussi bien dans le cadre d'une enquête sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles que dans celui du contrôle d'une opération de concentration. L'article R. 464-29 prévoit que les décisions prises par le rapporteur général en application de l'article L. 463-4 ne peuvent être contestées qu'à l'occasion d'un recours contre la décision rendue par l'Autorité sur le fond.

Vous avez admis la légalité de ces dispositions encadrant le droit au recours s'agissant des décisions par lesquelles le rapporteur général refuse de lever le secret des affaires. Vous avez constaté en effet que ces décisions sont seulement susceptibles de porter atteinte aux droits de la défense de la personne mise en cause à qui ce secret est opposé. Ce qu'elle peut utilement faire valoir, à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision rendue à son encontre par l'Autorité de la concurrence au terme de la procédure, pour obtenir l'annulation de cette décision. En revanche, vous avez jugé que les dispositions de l'article R. 464-29 méconnaissent le droit au recours en tant qu'elles s'appliquent aux décisions par lesquelles le rapporteur général refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret – ce qui permet d'assurer sans restriction le respect des droits de la défense de la partie mise en cause devant l'Autorité. Vous avez jugé que ces décisions, eu égard à l'ampleur et au caractère potentiellement irréversible de leurs effets, devaient pouvoir être contestées directement, sans attendre la

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

décision finale de l'Autorité, et alors même que le préjudice qu'elles sont susceptibles d'occasionner pourrait être réparé par la voie d'une action indemnitaire. Remarquons que de telles décisions font bien évidemment grief, non aux personnes mises en cause devant l'Autorité, mais aux personnes d'où proviennent les informations ou documents pour lesquels est refusée ou levée la protection du secret des affaires, personnes qui ont la qualité de tiers par rapport à la procédure en cours.

Vous n'aviez pas à en dire plus pour statuer sur le recours pour excès de pouvoir dont vous étiez saisi. Vous avez cependant choisi, par un *obiter dictum*, d'apporter une précision supplémentaire s'agissant de la juridiction compétente pour connaître des recours directs contre les décisions du rapporteur général refusant la protection du secret des affaires ou accordant la levée de ce secret. Vous avez jugé que ces décisions sont détachables de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence et, « en l'absence de disposition législative expresse en attribuant la contestation à la juridiction judiciaire », qu'elles relèvent, conformément au droit commun, de la juridiction administrative – et de votre compétence de premier et dernier ressort. Il n'y a aucun doute, au vu des motifs de votre décision, que toutes les décisions dont il s'agit relèvent du juge administratif – qu'elles soient prises par le rapporteur général dans le cadre de l'instruction d'une demande d'autorisation de concentration ou dans celui d'une enquête sur de possibles pratiques anticoncurrentielles.

La société Brenntag fait son miel de ce précédent. Elle fait valoir que, si le secret des affaires n'est nullement en cause dans le litige qu'elle soulève, est en jeu la protection de principes qui ne sont pas moins estimables : le droit de ne pas s'incriminer, la présomption d'innocence, le principe de loyauté de l'enquête ou encore celui de proportionnalité – principes qu'elle estime méconnus par la demande de communication de renseignements et de documents formulée par les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence. Dès lors, il y aurait lieu d'admettre également qu'une telle demande est détachable de la procédure conduite devant l'Autorité et qu'elle peut être contestée indépendamment du recours susceptible d'être introduit contre la décision prise au terme de cette procédure. Et, alors même que ce dernier recours ne relèverait que du juge judiciaire, c'est bien la juridiction administrative qui serait compétente, faute de disposition législative expresse contraire, pour connaître de la légalité des demandes de communication émanant des services d'instruction de l'Autorité, par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Il ne nous paraît pas possible de suivre ce raisonnement, dont nous nous séparons sur deux points.

En premier lieu, il nous semble difficile d'admettre que vous vous trouviez devant des décisions pouvant être regardées comme détachables de la procédure conduite devant l'Autorité de la concurrence.

Rappelons que, dans votre décision du 10 octobre dernier, vous n'avez admis le caractère détachable des décisions par lesquelles le rapporteur général refuse la protection

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

du secret des affaires ou lève cette protection qu'« eu égard à l'ampleur et au caractère potentiellement irréversible des effets de ces décisions ». Ce n'est que parce qu'elles produisaient des effets propres et des effets, de surcroît, susceptibles d'être graves et irréversibles que vous avez reconnu ce caractère détachable. Or vous constaterez que les demandes de communication de documents ou de renseignements qui sont en cause dans notre affaire sont dépourvues de tels effets. Le seul effet immédiat de ces demandes pour la société Brenntag est un surcroît de travail – c'est bien ce dont elle se plaint en invoquant leur caractère disproportionné : elle devra collecter les renseignements et documents demandés, les mettre en forme, les expédier. Nous ne sous-estimons pas l'ampleur de cette tâche, qui ressort nettement du courriel du 23 avril 2014. Mais il n'y a là aucun effet irréversible. Si ces demandes se révélaient effectivement illégales, ou à tout le moins constitutives d'une faute, le préjudice subi pourrait toujours être réparé par le biais d'un recours indemnitaire. Quant aux autres critiques adressées par la société aux actes contestés – notamment, atteinte au droit de ne pas s'incriminer, à la présomption d'innocence, au principe de loyauté de l'enquête, et, dans le dernier état de ses écritures, méconnaissance de l'obligation d'impartialité qui s'impose à tout agent public ainsi que du principe d'indépendance des services d'instruction à l'égard du collège – toutes ces critiques pourraient utilement être soulevées à l'appui d'un recours contre la décision qui sera prise par l'Autorité de la concurrence au terme de la procédure concernant la société, si l'Autorité aboutit à la conclusion que les pratiques qui lui sont reprochées sont établies.

En second lieu, et à supposer même que vous reconnaissiez aux demandes de renseignements ou de documents émanant des agents de l'Autorité de la concurrence des effets tels qu'elles devraient être regardées comme détachables de la procédure susceptible de conduire à la reconnaissance de pratiques anticoncurrentielles, il nous semble que vous devriez néanmoins décliner votre compétence.

Car ces demandes ne se détacheraient pas d'une autre procédure prévue par le code de commerce, dont le contentieux a été expressément attribué par le législateur au juge judiciaire. L'hypothèse dans laquelle une entreprise refuse de répondre aux demandes de renseignements ou de documents formulées par les agents de l'Autorité dans l'exercice de leurs pouvoirs d'enquête a été envisagée par le législateur. Nous y faisions référence au début de ces conclusions : le V de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que dans ce cas, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à l'encontre de l'entreprise une injonction assortie d'une astreinte. Or l'article L. 464-8 du code de commerce attribue le contentieux des décisions prises par l'Autorité sur ce fondement à la cour d'appel de Paris. Vous relèverez, à ce propos, que les fins poursuivies par ces demandes de renseignements ou documents sont sans incidence sur la compétence juridictionnelle, pas plus que la qualité au regard de la procédure ouverte devant l'Autorité de l'entreprise qui y oppose un refus. Que ces demandes soient émises dans le cadre d'une enquête sur des pratiques anticoncurrentielles ou dans celui de l'instruction d'une demande d'autorisation de concentration, que leur destinataire soit une partie à la procédure en cours devant l'Autorité ou un tiers à cette procédure, la contestation des décisions d'injonction prises en vertu du V de l'article L. 464-2 ressortit à la compétence du juge judiciaire. Nous lisons cette attribution de compétence au juge

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.

judiciaire comme excluant toute contestation, en amont, d'une demande de renseignement ou de document devant le juge administratif. Ce faisant, nous n'avons pas le sentiment de faire une lecture large de cette attribution de compétence mais simplement de lui donner sa portée utile, dans la logique de la définition de « blocs de compétence » répondant à un objectif de bonne administration de la justice, qui est la justification même de la compétence du juge judiciaire pour connaître du contentieux de certaines des décisions de l'Autorité de la concurrence. Une solution contraire serait à notre avis *contra legem*. Ajoutons qu'elle serait difficilement praticable : on voit mal en effet comment pourraient coexister le recours devant le juge administratif contre une demande de communication de renseignements ou de documents et, en cas de refus de déférer à cette demande suivi d'une mise en œuvre par l'Autorité de son pouvoir d'injonction, le recours devant le juge judiciaire contre cette injonction.

Par ces motifs nous concluons au rejet des conclusions présentées par la société Brenntag comme portées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître.

Ces conclusions peuvent être reproduites librement à la condition de n'en pas dénaturer le texte.