

Section du Contentieux

Séance du 27 septembre 2024
Décision du 20 novembre 2024

A paraître au Recueil

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle MERLOZ, Rapporteur publique

1. Par une décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014, l’Autorité de la concurrence a autorisé la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice via la société Numericable Group (devenue Numericable-SFR et désormais Altice France), sous réserve de la souscription de plusieurs engagements afin de remédier aux risques d’atteinte à la concurrence identifiés sur les marchés de gros et de détail des services de télécommunications fixes spécifiques aux entreprises (hors téléphonie fixe). L’un d’entre eux est à l’origine du présent litige.

Altice France s’est notamment engagée à céder les « *éléments constitutifs du réseau de dégroupage DSL* » d’une de ses filiales, la société Completel (« *ou, lorsque la cession est juridiquement impossible, à concéder des droits sur ces éléments* »). L’objectif était de mettre à même l’acquéreur de proposer immédiatement les services actuellement offerts par cette société sur son réseau. Le 21 décembre 2015, l’Autorité de la concurrence a agréé la société Kosc, fournisseur de gros ne disposant pas de réseau de télécommunication existant, comme repreneur de ce réseau. Selon le contrat qu’elle a conclu le 30 septembre 2015 avec le groupe Altice, la cession des éléments constitutifs du réseau devait être achevée le 31 mars 2017.

La société Kosc a cependant rencontré des difficultés dans la phase dite d’allumage du réseau, c’est-à-dire dans l’installation et la mise en service de ses propres équipements de transmission aux extrémités de chaque liaison. L’Autorité de la concurrence a mis en place une « *task force* », sous le contrôle du mandataire chargé du suivi des engagements, afin d’accompagner la société et faciliter les échanges avec le groupe Altice. Le dispositif a été renforcé et maintenu jusqu’à la fin de l’année 2017. Puis, l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a mis en place, du 26 février au 20 avril 2018, un programme opérationnel d’accompagnement afin de résoudre les incidents résiduels et de s’assurer de l’allumage final du réseau cédé.

C'est dans ce contexte que l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office, par une décision n° 18-SO-04 du 15 mars 2018, de l'examen du respect des engagements relatifs à cette cession en application du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce. Au terme de son instruction, elle a prononcé la clôture de cette saisine d'office par une décision n° 19-CSO-02 du 3 septembre 2019, au motif que « *les retards et les difficultés constatés dans le cadre du processus de cession du réseau DSL de Comptel [n'étaient] pas de nature à établir un manquement d'Altice France aux obligations résultant de l'engagement souscrit dans le cadre de la décision* » du 30 octobre 2014. La société Kosc vous demande l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision et d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence de rouvrir et compléter l'instruction de ce dossier. Entretemps, cette société a été placée en liquidation judiciaire par un jugement du 29 juin 2020 du tribunal de commerce de Paris. La SELAFA MJA, représentée par Me C..., déclare, en sa qualité de liquidateur judiciaire, reprendre à son compte cette instance et vous demande en outre d'enjoindre à l'Autorité de la concurrence de communiquer les rapports du mandataire indépendant des 22 et 31 janvier 2018 dont elle fait état dans ses écritures et sur la base desquels elle s'est saisie d'office.

2. Ce n'est pas le fond de cette affaire qui a justifié son renvoi devant votre formation de jugement mais la question préalable de la recevabilité de cette requête, expressément contestée par l'Autorité de la concurrence et le groupe Altice. Elle vous conduira à préciser, pour la première fois, si les décisions par lesquelles l'Autorité de la concurrence décide de clôturer une saisine d'office relative à l'examen du respect des engagements souscrits par une partie notificante dans le cadre de l'autorisation d'une opération de concentration sont susceptibles de recours.

Par une décision de Section du 30 novembre 2007, *T... et autres* (n° 293952, au Rec.), vous avez consacré et généralisé la possibilité pour un tiers de contester, par la voie de l'excès de pouvoir, le refus qui lui est opposé par une autorité de régulation de faire usage de ses pouvoirs disciplinaires. Vous avez relevé qu'elle « *dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction qu'elle exerce de sa propre initiative et dont l'objet ne se borne pas à punir certains comportements mais consiste, eu égard notamment à la nature des mesures susceptibles d'être prononcées, à assurer la sécurité d'un marché* ». Vous en avez déduit qu'il lui appartient « *de décider, lorsqu'elle est saisie par un tiers de faits de nature à motiver la mise en œuvre de ce pouvoir et après avoir procédé à leur examen, des suites à donner à la plainte* » et que « *la décision qu'elle prend, lorsqu'elle refuse de donner suite à la plainte, a le caractère d'une décision administrative qui peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir* ». Vous avez précisé que « *les personnes qui interviennent sur le marché soumis au contrôle de l'autorité justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester cette décision* » et admis en l'espèce, s'agissant de l'ancienne Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, que tel était le cas des assurés.

Vous avez par la suite fait application de cette solution à l'ARCEP (CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, n° 334062, aux T.), à la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) (CE, 19 juin 2017, *Fabre*, n° 398442, aux T.), au Comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie (CE, 18 mars 2019, *UFC-Que Choisir*, n° 410628, au Rec.) ou encore au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), devenu Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) (CE, 20 décembre 2022, *Syndicat des radios indépendantes (SIRTI)*, n° 448516, aux T.). Vous l'avez en outre étendue aux autorités administratives indépendantes investies d'une mission de régulation et disposant en vertu de la loi de pouvoirs de contrôle et de police pour assurer la sécurité d'un marché. Vous avez accepté de connaître d'un recours dirigé, au nom d'anciens adhérents, contre le refus de l'Autorité de contrôle prudentiel de mettre en demeure une mutuelle de se conformer à ses obligations (CE, 9 octobre 2013, *Selafa MJA*, n° 359161, aux T.).

Le droit de suite ainsi ménagé aux tiers n'est toutefois que relatif. A moins que la loi n'en dispose autrement, votre prétoire leur est fermé une fois la procédure de sanction engagée. Seule la personne poursuivie a un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de la sanction prononcée à son encontre, dans son principe ou son quantum. Vous avez jugé que le dirigeant d'une société n'a pas intérêt à contester la sanction infligée par l'Autorité des marchés financiers à cette société, même si son nom est mentionné dans les visas de la décision (CE, 28 novembre 2014, *Société Arkeon Finance et autres*, n° 362868, aux T.). Il en va de même pour les deux anciens présidents du conseil d'administration d'une caisse de retraite sanctionnée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution : le dispositif ne leur fait pas grief, alors même que la décision mentionne dans ses motifs le rôle qu'ils ont joué dans les manquements retenus (CE, 3 décembre 2018, *L... et EURL Abbatial Immobilier*, n° 409934, aux T.). N'ont pas davantage intérêt pour agir contre la sanction qu'inflige le CSA à une société éditrice de services de télévision, ni une autre société se prévalant de l'atteinte portée à ses intérêts et contestant le caractère suffisant de cette sanction (CE, 19 décembre 2019, *Sociétés RMC Découverte et TFI*, n° 426547, aux T.), ni l'auteur des propos tenus au cours d'une émission à l'origine de la sanction de la société, alors même qu'elle porterait, selon lui, atteinte à sa réputation (CE, 12 juillet 2022, *Zemmour et Société d'exploitation d'un service d'information*, n° 451897, au Rec.). Vous jugez en ce sens, quel que soit le dispositif de la décision finalement prise à l'issue de la procédure, y compris donc en cas d'absence de sanction (CE, 11 mars 1998, *Société NRJ*, n° 172334, aux T.; CE, 8 avril 1998, *Société NRJ*, n° 172333, aux T.).

Votre jurisprudence est quelque peu impressionniste sur la ligne de partage séparant refus de poursuivre et décision relative à une sanction. S'agissant par exemple de la CNIL, le refus d'engager la procédure de sanction est justiciable d'un recours devant le juge de l'excès de pouvoir, y compris lorsque cette autorité procède à des mesures d'instruction ou constate l'existence d'un manquement aux dispositions de la loi

Informatique et Libertés¹. En revanche, une fois que la CNIL a décidé formellement d'engager la procédure de sanction, l'auteur de la plainte n'a intérêt à contester ni la décision prise à l'issue de cette procédure, quel qu'en soit le dispositif, ni le sort réservé à sa plainte à l'issue de cette dernière (CE, 21 juin 2018, *Z...*, n° 416505, aux T., précisant la décision *Fabre* précitée). Avant la réforme de 2018, cette décision se matérialisait par l'envoi d'une mise en demeure au responsable du traitement poursuivi - préalable alors obligatoire au prononcé d'une sanction. Elle l'est depuis par la saisine de la formation restreinte par le président de la CNIL (CE, 27 mars 2023, *D...*, n° 467774, aux T.).

S'agissant du CSA, il ne peut y avoir de sanction sans mise en demeure préalable. Dans la même logique, vous avez admis que toute personne qui dénonce le comportement d'un opérateur portant atteinte à ses intérêts puisse contester le refus de mettre en demeure cet opérateur de respecter ses obligations (CE, 7 février 2017, *A...*, n° 388621, aux T. sur un autre point). Vous avez de même admis qu'un syndicat puisse former un recours pour excès de pouvoir contre la décision du rapporteur indépendant chargé de l'instruction préalable au prononcé des sanctions lorsqu'elle fait obstacle à l'engagement de poursuites sur les faits qu'il avait signalés à l'encontre d'un opérateur (décision précitée *SIRTI*).

3. Vous n'avez encore jamais eu l'occasion de prendre parti s'agissant de la procédure de contrôle de la bonne exécution des engagements conditionnant l'autorisation d'une opération de concentration applicable devant l'Autorité de la concurrence. La société Kosc se prévaut plus particulièrement de la décision *Z...* pour vous convaincre que la clôture par l'Autorité de la concurrence de sa saisine d'office doit être regardée comme un refus de donner suite à une plainte au sens de la décision *T...* et qu'elle justifie d'un intérêt pour agir dès lors qu'elle est directement concernée par la décision autorisant l'opération de concentration en sa qualité de bénéficiaire des engagements auxquels elle est subordonnée. L'Autorité de la concurrence et le groupe Altice estiment en revanche que cette jurisprudence n'est pas transposable pour deux motifs principaux : la société Kosc, tiers à la procédure, n'est pas l'auteur d'une plainte et la décision attaquée a été prise à l'issue d'une instruction approfondie concluant au respect par la société Altice France de ses obligations.

3.1. Commençons, pour éclairer ce débat, par rappeler le déroulement de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations.

Le code de commerce ne prévoit, à la différence de la procédure applicable aux pratiques anticoncurrentielles², aucun mécanisme de plainte que l'Autorité de la concurrence serait tenue d'instruire. Il instaure uniquement, au III de l'article L. 462-5, une faculté d'auto-saisine pour contrôler certaines pratiques, au nombre desquelles d'éventuels manquements aux mesures correctives dont est assortie la décision

¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Procédure de sanction prévue par le I de l'article 45 dans sa rédaction alors applicable.

² Cf article L. 462-5 du code de commerce, spécifiquement son II.

autorisant l'opération de concentration. Cette saisine dite d'office, décidée par le collègue, est subordonnée à une proposition du rapporteur général³.

Une fois cette décision prise, le rapporteur général (ou un rapporteur général adjoint) désigne un ou plusieurs rapporteurs chargés d'instruire la procédure sous sa direction, de manière contradictoire conformément aux dispositions générales de l'article L. 463-1. Si, à l'issue de cette instruction, l'Autorité de la concurrence « *estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision* » d'autorisation de concentration, elle « *constate l'inexécution* », selon les termes assez inhabituels du IV de l'article L. 430-8.

L'Autorité peut alors prendre trois types de mesures, énumérées par ces mêmes dispositions qui lui laissent toute latitude pour choisir la plus appropriée : retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération de concentration (1°), réitérer, sous astreinte, des injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision qui n'ont pas été exécutés (2°) ou, depuis 2015⁴, définir de nouvelles injonctions ou prescriptions, sous astreinte et dans un délai déterminé, en substitution de l'obligation non exécutée (3°). S'y ajoute la possibilité d'infliger une sanction pécuniaire dont le montant est plafonné. Conformément à l'interprétation du Conseil constitutionnel, dont vous avez tiré les conséquences dans votre décision d'Assemblée du 21 décembre 2012, dite *Canal plus I*⁵, ces dispositions définissent un régime de sanctions administratives. L'ensemble des mesures prononcées sur leur fondement, y compris les injonctions et prescriptions ainsi que les astreintes dont elles sont assorties, constituent donc des sanctions.

Ces sanctions ne peuvent être prononcées qu'à l'issue d'une procédure *ad hoc*, définie au sixième alinéa du IV de l'article L. 430-8 par simple renvoi à certaines des dispositions procédurales applicables en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Il s'en infère que le rapporteur rédige un rapport exposant les manquements reprochés à la partie notifiante et énonçant les sanctions encourues et que ce rapport lui est notifié ainsi qu'au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés (article L. 463-2, al. 2). Les règles protégeant le secret des affaires et celles prévues en matière de secret professionnel (articles L. 463-4 et L. 463-6) trouvent à s'appliquer. Cette procédure est en revanche enserrée dans des délais plus contraints que ceux normalement applicables. La partie notifiante, comme le commissaire du Gouvernement, disposent de quinze jours ouvrés pour produire leurs observations écrites à la suite de la notification du rapport (article L. 430-8, IV, al. 6). L'Autorité de la concurrence doit quant à elle se prononcer dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés (article L. 430-8, IV, dernier alinéa)⁶. Une séance non publique est

³ Sur la portée de ces dispositions (« *le rapporteur général peut proposer...* »), voyez la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* (point 20).

⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 215.

⁵ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* ; CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et Société Vivendi Universal*, n° 353856, p. 430.

⁶ Ce délai court à compter de la réception des observations des parties ou à l'expiration du délai qui leur est imparti pour ce faire et n'est pas prescrit à peine de dessaisissement ou d'irrégularité de la procédure (CE,

ensuite organisée devant le collège qui peut entendre, à leur demande, les parties - seules autorisées à y assister avec le commissaire du Gouvernement - ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information. Le collège délibère en l'absence de participation du rapporteur général (ou du rapporteur général adjoint) et du rapporteur (article L. 463-7, al. 4).

Le IV de l'article L. 430-8 ne définissant qu'un cadre minimal, il faut pour partie reconstituer le déroulement de la procédure qui suit la saisine d'office. Ces dispositions ne disent mot, en particulier, de l'hypothèse inverse où l'instruction ne révèle aucun manquement de la partie notifiante à ses obligations. Il s'en déduit en creux que le rapporteur propose alors au collège de mettre fin à la procédure de vérification de l'exécution des mesures correctives conditionnant l'autorisation de concentration et que le collège, s'il « *estime* » que c'est effectivement le cas et qu'il n'y a donc pas matière à sanction, prend une décision clôturant la saisine d'office qu'il a ouverte.

3.2. Vous l'aurez déjà compris à la lumière de cette présentation, la configuration d'espèce est sensiblement différente de celles dont vous avez déjà eu à connaître.

Contrairement à l'Autorité de la concurrence, nous ne pensons pas que la circonstance que le code de commerce n'accorde aucun statut formel aux tiers en matière de contrôle des concentrations et ne leur ouvre pas formellement le droit de saisir l'Autorité d'une plainte fasse obstacle à l'application de la jurisprudence *T...* Et si jusque-là, vous avez réservé la possibilité de contester les refus de poursuivre aux personnes ayant formé une demande expresse auprès d'une autorité de régulation, nous n'y voyons pas d'*a contrario*. La solution dégagée se fonde moins sur le statut de plaignant ou la qualité d'auteur d'un signalement, même si cela entre en ligne de compte pour apprécier l'intérêt pour agir, que sur la nature spécifique des missions qui sont confiées aux autorités de régulation économique et le caractère hybride des mesures qu'elles sont susceptibles de prononcer qui tendent non seulement « *à punir certains comportements* », mais aussi à assurer « *la sécurité d'un marché* », comme le relève la décision *T...*, ou, par extension, le bon fonctionnement d'un secteur. Un tel raisonnement est transposable à l'Autorité de la concurrence. Elle exerce de sa propre initiative le pouvoir de sanction dont le législateur l'a dotée afin d'assurer le respect effectif des mesures correctives dont sont assorties les autorisations de concentration. L'objectif poursuivi est « *d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans les secteurs affectés par l'opération de concentration* » et les mesures qu'elle est susceptible de prendre tendent, « *outré [leur] portée punitive* », à « *la préservation de l'ordre public économique* », pour reprendre la formulation de votre décision *Canal plus I* qui s'inscrit dans les pas du Conseil constitutionnel.

La question de la ligne de partage entre refus de poursuivre et décision relative à une sanction est plus délicate. On sait, depuis la décision *Z...*, que la mise en œuvre de

mesures d'instruction n'est pas un critère pertinent. Toute analogie avec cette décision s'arrête là. La clôture d'une saisine d'office par l'Autorité de la concurrence n'est pas de même nature que la clôture de plainte prononcée par le président de la CNIL. Elle ne s'apparente pas, à nos yeux, à un classement sans suite ou à un refus de poursuite.

Certes, la procédure spéciale prévue au IV de l'article L. 430-8 n'est, à ce stade, pas engagée : cette procédure, initiée par la communication du rapport qui tient lieu de notification des griefs⁷, ne s'applique, on l'a dit, que lorsque l'Autorité de la concurrence constate un défaut d'exécution des mesures correctrices. Si elle estime, comme en l'espèce, qu'il n'y a aucun manquement de la partie notifiante à ses engagements, elle se borne à clôturer la saisine d'office qu'elle a ouverte. Pour autant, cette décision ne traduit pas un refus d'engager la procédure de sanction mais un refus de prononcer une sanction. Nous en voulons pour preuve deux indices. Tout d'abord, un indice organique : cette clôture est prononcée par le collège de l'Autorité de la concurrence, siégeant en commission permanente, et non par l'autorité chargée des poursuites. Ensuite, un indice matériel : l'Autorité de la concurrence a actionné les pouvoirs de contrôle dont elle est dotée. Elle a formellement accepté d'ouvrir une instruction et se prononce sur la bonne exécution des engagements assortissant l'autorisation de concentration au vu des investigations approfondies des services d'instruction et après les avoir entendus au cours d'une séance. La décision litigieuse analyse ainsi précisément sur vingt pages le processus de cession du réseau DSL de la société Completel et conclut, en l'état du dossier, à l'absence de manquement de la société Altice France aux obligations résultant de l'engagement souscrit.

Le trouble vient de la segmentation de la procédure induite par les dispositions du IV de l'article L. 430-8 qui distinguent, après que l'Autorité de la concurrence a accepté d'engager la procédure de contrôle de la bonne exécution des mesures correctives, deux étapes : l'examen de la matérialité des manquements reprochés et, une fois celle-ci établie, le prononcé de la sanction. Nous pensons néanmoins que la ligne de partage entre le refus de poursuivre et la décision relative à la sanction prise à l'issue de l'instruction (qu'elle soit positive ou négative) est formalisée, non par la clôture de la saisine d'office ou même la notification du rapport, mais plus en amont par la saisine d'office. Comme l'a relevé le Conseil constitutionnel, cette décision ne constitue pas un acte de poursuite ou un acte de préjugement de la réalité des manquements à examiner mais marque l'ouverture formelle de la procédure de vérification de l'exécution des mesures correctives. Elle n'est du reste pas motivée et ne mentionne aucun fait. C'est autrement dit un acte d'instruction, officialisant la mise en œuvre de l'ensemble des moyens de contrôle dont dispose l'Autorité de la concurrence pour s'assurer que la partie notifiante a satisfait à ses obligations.

En l'état actuel de votre jurisprudence, la société Kosc ne nous paraît donc pas recevable à contester la décision du 3 septembre 2019. Seul serait justiciable d'un recours devant le juge de l'excès de pouvoir le refus du rapporteur général de proposer

⁷ CE, 15 avril 2016, *Société Copagef*, n° 375658, aux T.

à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office en application des dispositions du III de l'article L. 462-5 ou le refus du collège de se saisir d'office puisque de tels refus feraient obstacle à l'engagement de la procédure de contrôle de la bonne exécution de mesures correctives et, le cas échéant, au prononcé d'une sanction (solution à rapprocher de la décision déjà mentionnée du 20 décembre 2022, *SIRTI*). Vous n'opèreriez alors, dans la lignée de la jurisprudence *T...*, qu'un contrôle distancié sur l'usage de ce pouvoir, limité à l'erreur de fait ou de droit, l'erreur manifeste d'appréciation ou le détournement de pouvoir.

4. Il est temps d'aborder la question la plus délicate qui fait tout l'intérêt de cette affaire : y-a-t-il lieu de faire évoluer votre jurisprudence pour consacrer une avancée des droits des tiers dans le contrôle des concentrations et, dans l'affirmative, selon quelles modalités ? Indiquons d'emblée que la réponse à cette question dépasse le seul cadre du présent litige et que la réponse que vous y apporterez est susceptible d'être transposée à d'autres autorités de régulation.

Il y a, selon nous, deux manières opposées d'envisager les choses.

4.1. La plus ambitieuse et volontariste est de considérer qu'il faut aller jusqu'au bout de la logique de la jurisprudence *T...* en ouvrant grand la porte, jusque-là entrouverte, aux tiers intéressés dans le contentieux des sanctions prises par une autorité de régulation.

Comme d'autres l'ont rappelé avant nous à ce pupitre, le fondement théorique qui sous-tend votre sévérité à l'égard des tiers dans le domaine des sanctions administratives est que la procédure disciplinaire a pour finalité, à la différence de la procédure pénale, de sanctionner de manière objective la méconnaissance de règles auxquelles la personne poursuivie est soumise et non de réparer d'éventuelles atteintes aux droits ou intérêts d'un tiers, y compris de celui qui se prévaut de la qualité de victime. Cette procédure, comme le contentieux qu'elle peut faire naître, procèdent ainsi d'un « *strict tête à tête entre l'institution qui poursuit et la personne (physique ou morale) qu'elle poursuit* », selon la fameuse formule de Mattias Guyomar. S'il arrive que la procédure de sanction soit engagée à la suite de faits signalés par un tiers s'estimant victime des agissements qu'il entend dénoncer, elle « *n'a pas pour autant vocation à devenir triangulaire* »⁸.

La jurisprudence *T...* a quelque peu écorné ce schéma classique en faisant un pas vers une subjectivisation de la répression administrative des autorités de régulation⁹. Vous pourriez être tentés de parachever l'évolution qu'elle a initiée il y a dix-sept en admettant que les tiers intéressés puissent troubler ce tête-à-tête une fois la procédure de sanction engagée. Cet effort peut se prévaloir de motifs similaires tenant à la nature spécifique de la mission dévolue aux autorités de régulation et au caractère hybride des

⁸ *Les sanctions administratives*, M. Guyomar, LGDJ, p. 173 et suiv.

⁹ *Ibidem*.

mesures qu'elles sont susceptibles de prononcer, tenant tant de la sanction que de la mesure de police. Il ne s'agirait que de tirer toutes les conséquences de la consécration de leur intérêt pour agir élargi pour contester un refus de poursuivre qui n'est pas fondamentalement si différent lorsqu'est en cause une décision relative à une sanction. Dans cette optique, et pour en revenir à l'Autorité de la concurrence, les opérateurs d'un marché donné sont « concernés » par l'issue de la procédure de sanction en ce sens que la décision prise *in fine* – quel qu'en soit le dispositif – est susceptible d'avoir une incidence sur le maintien ou le rétablissement d'une concurrence suffisante sur ce marché. Leur intrusion dans un tel débat n'apparaît dès lors pas incongrue, ni même indésirable¹⁰.

En outre, les textes ne s'y opposent pas. A la différence d'autres autorités de régulation pour lesquelles le législateur a précisé lui-même la nature du recours ouvert et, de manière limitative, les personnes recevables à l'introduire, le code de commerce ne dit mot des voies de recours contre les décisions rendues dans le domaine des concentrations. En l'absence de dispositions législatives expresses attribuant ce contentieux à l'autorité judiciaire, la juridiction administrative est par principe compétente pour en connaître¹¹. Vous avez ouvert assez largement votre prétoire aux tiers lorsqu'il s'agit de contester l'autorisation de concentration, pour autant qu'ils interviennent sur l'un des marchés concernés par l'opération de concentration¹² ou aient un lien avec les entreprises concernées. Vous avez ainsi admis l'intérêt pour agir des entreprises concurrentes de la partie notifiante¹³, mais aussi d'un client potentiel de la nouvelle entité acheteur ou utilisateur des biens ou services offerts¹⁴, d'un actionnaire minoritaire d'une des parties à l'opération¹⁵, d'une association ayant pour objet la défense des intérêts collectifs d'une partie des entreprises concurrentes des sociétés parties à l'opération de concentration litigieuse¹⁶ ou encore d'un comité social et économique de la société, objet de la prise de contrôle exclusif d'une société par une autre, eu égard à ses missions et aux effets de l'autorisation de cette opération¹⁷. Ces tiers intéressés peuvent, dans ce cadre, contester les conditions que l'Autorité de la concurrence juge indispensables pour préserver le fonctionnement concurrentiel du marché concerné et discuter plus spécifiquement des mesures correctrices imposées à la partie notifiante. Il est tentant, par souci de parallélisme et de cohérence, de leur

¹⁰ Pr. Aude Rouyère, *La place des tiers dans la répression administrative*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 19/2 n° 2.

¹¹ Voir notamment sur l'interprétation stricte de la compétence d'attribution du juge judiciaire résultant des articles L. 463-7 et L. 463-8 du code de commerce : CE, 7 novembre 2005, *Compagnie générale des eaux*, n° 271982, au Rec.

¹² Voir *a contrario* : CE, 4 avril 2018, *Société Beaugrenelle Patrimoine*, n° 405343, aux T.

¹³ Voyez votre décision d'assemblée « Canal Plus II » : CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347 ea, au Rec. sur un autre point, en tant qu'elle statue sur les requêtes des sociétés Numericable et Parabole Réunion.

¹⁴ CE, 20 juillet 2005, *Société Fiducial Informatique et société Fiducial Expertise*, n° 279180, au Rec. sur d'autres points.

¹⁵ CE, 31 janvier 2007, *Société France Antilles*, n° 294896, au Rec. sur un autre point.

¹⁶ CE, 21 octobre 2016, *Association des entreprises de biologie médicale*, n° 394117, aux T.

¹⁷ CE, Sect., 9 mars 2021, *Comité social et économique de l'unité économique et sociale Mondadori Magazines France élargie*, n° 433214, au Rec.

reconnaître un droit de suite lorsque l'Autorité vérifie, dans la continuité de ce contrôle *a priori* de l'autorisation de concentration, le respect effectif de ces mesures. Les enjeux concurrentiels sont évidents et peuvent être majeurs selon la nature des engagements.

Une nouvelle avancée jurisprudentielle présenterait d'ailleurs l'avantage d'éviter de laisser subsister des angles morts du contrôle juridictionnel et irait indéniablement dans le sens d'une histoire qui est celui d'un inexorable élargissement de l'ouverture de votre prétoire.

4.2. Une autre manière de voir les choses, qui est celle que nous privilégions à rebours de cette tendance, est de considérer que votre jurisprudence dégage une solution bien ancrée et, somme toute, plutôt équilibrée et que l'immixtion des tiers dans le contentieux des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence et, par effet de contagion, par d'autres autorités de régulation, expose à des effets déstabilisateurs inopportuns. Nous formulerons à l'appui de cette approche quatre séries d'observations.

4.2.1. S'agissant, tout d'abord, des deux motifs théoriques susceptibles de justifier une telle immixtion des tiers, il y a place pour une discussion.

Admettre un principe de continuité du contrôle entre l'autorisation de concentration et le respect des mesures correctives conditionnant cette autorisation suppose de faire abstraction de ce que ces deux décisions n'interviennent pas au même titre, ni dans le même cadre et ne sont pas de même nature. Lorsque l'Autorité de la concurrence exerce son pouvoir de vérification de l'exécution des mesures correctives, elle ne met pas en jeu son pouvoir de régulation mais intervient comme autorité sanctionnatrice. Elle doit, avant toute chose, déterminer si la partie notifiante a commis un manquement objectif au regard des obligations qui pesaient sur elle. Vous excluez ainsi l'invocation de causes exonératoires, telles que des difficultés d'exécution, la partie notifiante ne pouvant être déliée de ses obligations qu'à l'issue d'une procédure de révision des mesures correctives sur le fondement de l'article L. 430-7 du code de commerce (sur cette faculté de réexamen, voyez : CE, Ass. 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, au Rec. ; pour une illustration de cette conception objective : CE, 28 septembre 2017, *Société Altice Luxembourg et Société SFR Group*, n° 409770, au Rec. ; CE, 7 novembre 2019, *Société Fnac Darty*, n° 424702, au Rec.).

Il n'est plus question à ce stade de la procédure de contrôler le fonctionnement du marché, même si les considérations de préservation de la concurrence ne sont pas étrangères au choix de certaines des sanctions susceptibles d'être prononcées comme l'a précisé votre décision *Canal plus I*. On songe tout particulièrement aux nouvelles injonctions et prescriptions que l'Autorité est susceptible de prononcer. Il ne s'agit pas de réexaminer l'ensemble de l'opération et les conditions auxquelles elle est subordonnée. Il s'agit, de manière plus circonscrite, en réponse à l'inexécution d'une mesure corrective qui serait irrémédiablement compromise, d'identifier une solution

alternative et une mesure équivalente pour remédier à l'effet anticoncurrentiel identifié dans la décision d'autorisation (par exemple, céder d'autres magasins en lieu et place des magasins qu'une entreprise n'est pas parvenue à céder dans les délais impartis comme ce fût le cas pour la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac). Cette différence pourrait justifier d'apprécier différemment l'intérêt pour agir des opérateurs intervenant sur ce marché, celui-ci apparaissant plus lointain ou, pour reprendre les critères canoniques, comme ne caractérisant pas un intérêt suffisamment direct, personnel et certain.

D'une manière plus générale, la transposition mécanique de la logique *T...* et la généralisation de la conception libérale de l'intérêt pour agir qu'elle épouse ne vont pas complètement de soi. A y regarder de plus près, les enjeux pour les tiers comme les implications d'une ouverture de votre prétoire ne sont pas exactement de même portée. Il s'agit, dans un cas, de contraindre une autorité de régulation à se saisir d'agissements ou de pratiques qui entrent dans son champ de compétence exclusif et, *in fine*, de s'assurer qu'elle s'acquitte bien des intérêts généraux dont elle a la charge en mettant en œuvre les pouvoirs dont elle a été dotée à cette fin. Le contrôle du juge, distancié eu égard à la marge de manœuvre qui lui est laissée, joue comme un filet de sécurité face à une éventuelle abstention de l'autorité. Il s'agit, dans l'autre cas, de vérifier, alors qu'elle a épuisé sa compétence, quel usage elle a fait de son pouvoir de sanction. L'incidence éventuelle d'une telle décision sur le fonctionnement du secteur n'est pas de même ampleur. Le degré d'immixtion reconnu aux tiers est en outre sans commune mesure puisque cela revient à leur accorder un droit de regard sur l'appréciation des manquements reprochés et, le cas échéant, le choix de la sanction infligée, ce qui inviterait, nous semble-t-il mais nous y reviendrons, à un contrôle plus étroit du juge.

4.2.2. Ensuite, le dispositif de contrôle du respect des mesures correctives n'a pas été conçu pour les tiers.

Nous l'avons souligné au début de notre propos, le législateur a institué une procédure de sanction *a minima* qui se borne à mettre face à face la partie notifiante, titulaire de l'autorisation de concentration et des obligations à laquelle elle est subordonnée, et l'Autorité de la concurrence, seule responsable d'en garantir le suivi et le respect. Le législateur n'a institué aucun mécanisme de plaintes comparable à celui prévu en matière de pratiques anticoncurrentielles, ne reconnaît aux tiers aucun rôle de vigie ou d'alerte, ni, *a fortiori*, de droit de suite ou une quelconque place dans cette procédure. Ce choix du législateur peut être discuté en opportunité mais il n'est, en soi, contraire à aucun principe général.

Nous n'identifions pas de motifs impérieux commandant de faire évoluer, par voie prétorienne, ce dispositif. Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence à l'issue de cette procédure n'échappent pas, pour autant, à tout contrôle et les tiers ne sont pas privés de toute voie de droit. Ils peuvent en particulier mettre en jeu la responsabilité de l'Autorité de la concurrence en cas de préjudice résultant de son

inaction ou de sa carence. Ils disposent également d'armes pour se retourner contre la partie notifiante en engageant sa responsabilité civile. La Cour de cassation juge à cet égard que « *les engagements étant destinés à protéger le marché, ils créent, dans le chef des entreprises qui les ont pris, des obligations en faveur des opérateurs intervenant sur le marché qu'ils concernent, de sorte que leur méconnaissance est, en soi, constitutive d'une faute civile* » et « *crée nécessairement un trouble commercial aux entreprises qui opèrent sur le marché en cause, constitutif d'un préjudice, fût-il seulement moral* » (Com. 16 novembre 2022, n° 21-19.728, inédit, Dalloz p. 882). Quant aux « faux » tiers qui, comme la société Kosc, sont bénéficiaires d'engagements et concluent un contrat avec le titulaire de l'autorisation de concentration pour les mettre en œuvre, le juge du contrat est leur juge naturel. Ces voies de droit n'ont certes pas la même portée qu'un recours pour excès de pouvoir ou un recours de plein contentieux objectif. Pour autant, elles ne sont pas manifestement inadaptées à la nature des intérêts susceptibles d'être lésés et prémunissent les tiers contre un déni de justice. N'est-il pas préférable, dans ces conditions, de laisser le soin au législateur, s'il le juge opportun, de reprendre la main ?

Signalons, à titre de contexte, que la France ne fait pas figure d'exception parmi ses voisins européens. Certains pays, comme le Royaume-Uni et, avant une réforme de 2022, l'Irlande, privilégient la voie indemnitaire. Dans les pays qui ont opté pour une ouverture élargie du prétoire aux tiers en ce domaine, tels que l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne ou l'Irlande depuis 2022, il ne se dégage pas de modèle standard. Les modalités en sont très variées, plus ou moins spécifiques par rapport aux règles du droit commun, qu'il s'agisse de la voie de recours ouverte, de la juridiction compétente, de la nature du contentieux ou encore de l'appréciation de l'intérêt pour agir. Elle n'est pas nécessairement corrélée avec l'institution d'un mécanisme de plaintes. Elle peut l'être en revanche à l'existence d'un statut de partie associée à la procédure administrative, comme en Allemagne, qui permet ensuite aux tiers, selon un principe de continuité de la participation à la procédure, de former un recours juridictionnel contre la décision finale de l'Autorité de la concurrence fédérale, sous réserve toutefois de justifier d'un intérêt pour agir. A l'exception notable de l'Italie, c'est la loi qui prévoit le principe d'un tel recours et en fixe les contours, parfois de manière particulièrement précise.

Il n'existe pas non plus de mécanisme formel de plainte au niveau européen et les tiers effectuant un éventuel signalement à la Commission ne bénéficient pas de droits spécifiques pour contester les décisions qu'elle prend dans le cadre de la surveillance *a posteriori* de la mise en œuvre de ses décisions en matière de contrôle des concentrations. Le Tribunal de l'Union européenne s'est refusé, jusqu'à présent, à faire œuvre prétorienne en ce domaine. Dans trois arrêts du 9 octobre 2018 liés au respect des engagements souscrits par Telefónica Deutschland dans le cadre d'une opération de concentration, il a déclaré irrecevables les recours introduits devant lui par des concurrents contre son refus d'adopter une décision concluant au non-respect des engagements souscrits. Il a jugé que les réponses apportées par la commission n'étaient pas des décisions susceptibles de recours et que les sociétés requérantes ne

disposaient « *d'aucun droit individuel d'obliger la Commission à adopter* » une telle décision, soulignant que « *même s'il s'agissait d'une lacune..., il reviendrait, le cas échéant, au législateur et non au juge de l'Union de la combler* » (Trib. UE, 9 octobre 2018, *1&1 Telecom GmbH*, aff. T-43/16, *Multiconnect GmbH*, aff. T-884/16, et, *Mass Response Service GmbH*, aff. T-885/16). La Cour de justice ne semble en revanche pas leur fermer la voie d'un recours en carence sur le fondement de l'article 265 du TFUE (CJCE, 25 septembre 2003, *Schlüssilverlag J.S. Moser GmbH*, aff. C-170/02 P).

4.2.3. Nous craignons par ailleurs d'ouvrir une boîte de Pandore contentieuse, en termes de volume mais aussi de complexification et d'allongement des procédures.

Selon les données publiées dans son rapport annuel 2023, l'Autorité de la concurrence a eu recours, depuis 2009, à la technique de l'autorisation de concentration sous conditions pour seulement 3,35 % des opérations, ce qui représente néanmoins 108 autorisations. Le suivi de leur exécution occupe une place croissante dans sa mission de contrôle, et ce sur la durée du fait de sa propension à fixer, outre des mesures structurelles, des mesures comportementales. Ces dossiers, bien souvent complexes et sensibles, comportent en outre plusieurs mesures correctrices, ce qui peut démultiplier les sources d'insatisfaction. L'intervention des tiers en complexifiera inévitablement le traitement, par leur nombre mais aussi en terme procédural du fait du hiatus entre les droits qui leur sont reconnus successivement au cours des procédures administrative et contentieuse¹⁸ ou encore de la prise en compte du secret des affaires.

L'ouverture d'une nouvelle voie de recours est également susceptible de vous exposer à des stratégies d'instrumentalisation ou de susciter des attentes fortes avec le risque qu'elle ne se révèle frustratoire. Bien que les configurations puissent être très variées, il est permis de douter des motivations réelles qui conduiraient les tiers intéressés, notamment des concurrents, à se tourner vers vous. Eu égard aux enjeux économiques des opérations de concentration, leurs recours risquent d'être inspirés moins par le désir d'obtenir un contrôle juridictionnel de la décision de sanction ou de non-sanction que de mettre en cause le bien-fondé de la mission de l'Autorité de la concurrence et tenter d'y substituer le juge – qui devrait se garder de la tentation de s'ériger en juge-régulateur - ou de faire pression sur les parties concernées, notamment pour obtenir des contreparties financières ou économiques ou encore accéder à des informations auxquelles ils n'ont en principe pas accès pour alimenter, le cas échéant, d'autres recours devant le juge judiciaire.

¹⁸ Le code de commerce ne mentionne les tiers que très exceptionnellement. Ils ne jouissent que de droits limités, tel que celui d'être informés des procédures en cours (article L. 430-3, al. 3, du code de commerce), et s'ils peuvent jouer un rôle actif dans le déclenchement des poursuites et le déroulement du contrôle de la concentration, ce n'est que de manière informelle. Ils n'ont ainsi aucun droit à être consultés ou à être entendus et n'ont pas accès aux pièces du dossier (voyez notamment : article L. 430-6 du code de commerce ; CE, 13 février 2006, *Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise*, n° 279180, au Rec. ; CE, 27 juin 2007, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 278652, au Rec. sur un autre point ; CE, 6 juillet 2016, *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz et Société Vitogaz France*, n° 390457, aux T.).

Au risque de déflorer quelque peu le fond du litige, indiquons que la présente affaire est une bonne illustration des difficultés ou incompréhensions qui peuvent surgir. La requérante brouille les cartes en confondant régulièrement ce qui relève du respect de l'engagement figurant dans l'autorisation de concentration et de celui de l'exécution du contrat de cession négocié avec la société Complétel, alors que ses stipulations peuvent être sans lien direct avec l'exécution de l'engagement ou aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer son effet utile. Cela implique de circonscrire minutieusement la portée de l'engagement pris, comme l'a fait l'Autorité de la concurrence, pour éviter d'entrer dans le débat vers lequel la société tente de vous entraîner et qui ressortit à la seule compétence du juge du contrat. Les conclusions à fin d'injonction présentées par la société Kosc illustrent également ses attentes dans ce contentieux et les limites auxquelles elle risque de se heurter. La réouverture de l'instruction en vue de la compléter est illusoire, alors que l'instruction close a déjà duré plusieurs mois et fait l'objet d'investigations très poussées, au cours de laquelle la société Kosc a été entendue à plusieurs reprises. La transmission des rapports du mandataire sollicitée se heurte quant à elle à l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration qui prévoit que les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision ne sont pas communicables.

Il faut encore compter avec un possible effet de contagion dans d'autres domaines dont vous avez à connaître. Nous n'identifions pas de motifs décisifs justifiant de cantonner une éventuelle avancée jurisprudentielle aux seules décisions prononcées par l'Autorité de la concurrence. A tout le moins, si c'est sa mission de régulation d'un secteur et le caractère hybride des mesures qu'elle est susceptible de prononcer qui vous convainc, un tel raisonnement est *a priori* transposable à d'autres autorités administratives indépendantes, sous réserve de la particularité des missions qui leur sont dévolues et des spécificités procédurales qui leur sont propres. Cela couvre les autorités dotées de mécanismes de plaintes qui sont amenées à prendre un nombre de décisions très conséquent.

4.2.4. Cette préoccupation – et ce sera notre dernière série d'observations - a sans doute contribué à votre réticence, jusqu'à présent, à aller au-delà d'une simple incursion des tiers dans la mise en mouvement de l'action répressive des autorités de régulation.

Nous croyons utile, à ce stade de notre cheminement, de souligner que la généralisation de la logique *T...* reviendrait à changer radicalement de paradigme en érigeant en principe ce qui n'était qu'une exception et risquerait de fragiliser la conception classique de la sanction administrative. Cette décision a accordé aux tiers une place inédite dans le contentieux disciplinaire en rupture avec une jurisprudence jusque-là très restrictive sur leur intérêt pour agir. Elle ne constitue cependant qu'une brèche dans cette conception classique qu'elle ne remet pas fondamentalement en cause¹⁹.

Comme nous l'avons rappelé tout à l'heure, la ligne rouge tracée entre refus de poursuivre et décision prise à l'issue de la procédure de sanction reste, à ce jour, solidement établie, sans que nous n'identifiions dans votre jurisprudence plus récente les prémices d'une évolution. A titre d'illustration, si votre décision déjà mentionnée *Dévigne-Dessoliers* a consacré, s'agissant de la CNIL, une nouvelle avancée au profit des tiers, celle-ci, inhérente aux missions de cette autorité, est difficilement généralisable et reste circonscrite. Vous avez jugé que lorsque l'auteur d'une plainte se fonde sur la méconnaissance par un responsable de traitement des droits garantis par la loi à la personne concernée à l'égard des données à caractère personnel le concernant, celui-ci est toujours recevable à demander l'annulation du refus du président de la CNIL de mettre en demeure le responsable de traitement de satisfaire à la demande dont il a été saisi par cette personne mais aussi du refus de la formation restreinte de lui enjoindre d'y procéder. Cette solution s'explique par le fait qu'une telle procédure tend à l'exercice par le plaignant de ses droits individuels et a donc pour finalité la réparation de l'atteinte que le comportement fautif du responsable de traitement a pu lui porter. Vous avez en revanche expressément réaffirmé que l'auteur de la plainte ne peut contester devant le juge l'absence ou l'insuffisance de sanction une fois la formation restreinte saisie.

Pour l'ensemble de ces motifs, nous ne parvenons pas à nous convaincre de la nécessité et de l'opportunité de mettre en cause l'équilibre jurisprudentiel actuel. Nous relevons du reste que la société Kosc n'appelle de ses vœux aucune innovation contentieuse mais défend la recevabilité de sa requête en s'inscrivant fidèlement dans le cadre tracé par votre jurisprudence.

5. Si vous étiez d'un avis différent, la réponse à cette question principielle n'épuiserait pas les questions que pose l'ouverture d'une nouvelle voie de recours aux tiers afin d'en préciser les contours et modalités.

5.1. Vous serez d'abord conduits à vous prononcer sur la nature du recours ainsi ouvert.

Vous avez jugé, dans votre décision *Canal plus I*, que les contestations des sanctions prévues au IV de l'article L. 430-8 du code de commerce prononcées par l'Autorité de la concurrence sont au nombre de celles qui sont soumises, conformément à la jurisprudence *ATOM*²⁰, au juge de plein contentieux et non au juge de l'excès de pouvoir. Bien qu'aucun texte n'y fasse obstacle, il nous paraît délicat, au vu des conséquences qui y sont attachées en termes de droits procéduraux et d'office du juge, d'adopter la même solution lorsque c'est un tiers et non la personne sanctionnée qui introduit le recours. Ce ne serait en outre guère cohérent s'il s'agit de raisonner par analogie avec le contrôle de la décision initiale d'autorisation de concentration et/ou en

¹⁹ Le fichage renvoie, par un « comp. » et non un « abjur. », à la décision déjà mentionnée *Société NRJ* refusant d'admettre l'intérêt pour agir d'une radio contre le refus de sanctionner une autre radio.

²⁰ CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, n° 274000, au Rec..

raison de la coloration corrective des sanctions. La voie du recours pour excès de pouvoir, qui demeure ouvert « *même sans texte contre tout acte administratif* » conformément au principe général du droit consacré par votre jurisprudence²¹, devrait donc à nos yeux être privilégiée en assumant l'inconvénient de faire coexister, pour une même décision, deux voies contentieuses distinctes selon la qualité du requérant. Ce n'est pas inconcevable, comme en a longtemps attesté le contentieux contractuel.

5.2. Il y aura lieu ensuite de s'interroger sur le degré d'ouverture de votre contrôle juridictionnel.

La solution la plus simple serait de permettre aux tiers de contester l'ensemble des sanctions prévues au IV de l'article L. 430-8 du code de commerce. Elle se heurte toutefois à des différences de nature entre ces sanctions. Pour reprendre la formule de Vincent Daumas dans ses conclusions sur la décision *Canal plus I*, ces dispositions prévoient une « *panoplie* » plutôt qu'une « *échelle* » de sanctions, répondant chacune à une logique propre. C'est ce qui vous a conduit à définir, dans cette décision prolongée par la décision déjà mentionnée *Société Fnac Darty*, un test de proportionnalité différencié selon que sont en cause des sanctions pécuniaires, qui ont « *un objet purement répressif* », ou les sanctions visées au 1°, 2° et 3° qui visent, en outre, la « *préservation de l'ordre public économique* ». En toute logique, les sanctions pécuniaires ne devraient pas pouvoir être contestées par les tiers puisqu'elles ne peuvent, par elles-mêmes, avoir d'incidence sur la situation concurrentielle du marché et ne portent atteinte, par nature, qu'aux intérêts matériels de la personne sanctionnée. La jurisprudence de la Cour de cassation est du reste également en ce sens (voyez sur le caractère personnel attaché à de telles sanctions : Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.047, Droit des sociétés n° 11/06, comm. 166 ; réaffirmé par Cass. com., 14 février 2024, n° 22-10.472, au Bull. qui admet toutefois l'intervention volontaire de tiers).

Nous serions d'avis de circonscrire encore davantage les possibilités de recours par souci de cohérence. Les sanctions autres que pécuniaires n'ont pas toutes la même portée. On perçoit mal l'intérêt des tiers à contester le retrait de l'autorisation de concentration visé au 1° qui, à moins de revenir à la situation antérieure, débouchera sur une nouvelle procédure de contrôle de l'opération envisagée. Il nous semble qu'il en va de même s'agissant des injonctions sous astreintes visées au 2° qui, par construction, ont pour seul objet et pour seul effet d'obliger la partie notifiante qui y était tenue à exécuter les mesures correctives figurant dans la décision d'autorisation, sauf à ouvrir un débat systématique sur le caractère insuffisant d'une telle mesure ou le montant des astreintes. Seules les injonctions et prescriptions de substitution visées au 3° sont en réalité susceptibles d'avoir une incidence sur la situation concurrentielle du marché concerné et de justifier que les acteurs du marché interviennent pour contester les solutions alternatives retenues par l'Autorité de la concurrence en lieu et place des

²¹ CE, Ass. 17 février 1950, *Min. de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, n° 86949, p. 110, GAJA 24^{ème} édition n° 55 p. 366.

mesures correctives irrémédiablement compromises. Cette solution, satisfaisante sur le plan intellectuel, conduit néanmoins à faire dans la dentelle et sera inévitablement une source de complexification, voire d'incompréhension ou de frustration en cas de cumul de sanctions.

Dans cette même logique, les clôtures de saisine d'office pour absence de manquements aux mesures correctives ou l'absence de sanction prononcée à l'issue de la procédure prévue au IV de l'article L. 430-8 seraient également justiciables, sauf à vouloir limiter au maximum les difficultés identifiées.

5.3. Vous pourriez encore vous interroger sur l'opportunité de circonscrire l'intérêt pour agir des tiers.

Les tiers forment une catégorie vaste et hétérogène. Afin de mieux maîtriser l'entrée de votre prétoire, vous pourriez être tentés de définir un critère *ad hoc* permettant de sélectionner parmi ces tiers ceux qui justifient d'un intérêt pour agir contre les décisions de l'Autorité de la concurrence relatives à une sanction. On pourrait, par exemple, imaginer de ne retenir que les tiers qui se sont manifestés au cours de la procédure de vérification de la bonne exécution des engagements, critère s'inspirant de la jurisprudence européenne qui fait notamment de la participation active d'un concurrent à la procédure d'instruction d'un dossier de concentration un élément déterminant dans l'appréciation de son intérêt pour agir contre la décision de concentration prise à son issue²². La jurisprudence européenne sur l'intérêt pour agir des tiers contre les décisions individuelles est toutefois plus stricte qu'en droit interne, l'article 263 du TFUE exigeant qu'ils justifient être « *directement et individuellement* » concernés par la décision dont ils demandent l'annulation. Ce n'est pas votre approche habituelle et l'exercice nous paraît malaisé, pour ne pas dire périlleux. Pour en rester au critère que nous venons d'esquisser, cela conduirait par exemple à fermer l'accès de votre prétoire à de nouveaux concurrents apparus sur le marché postérieurement à l'intervention de la décision de l'Autorité de la concurrence. Il nous semble donc préférable de vous en tenir à une appréciation au cas par cas, même si elle est moins satisfaisante en termes de prévisibilité.

5.4. Vous pourriez également être tentés, comme vous le faites parfois, de limiter la nature des moyens susceptibles d'être invoqués eu égard à l'intérêt lésé justifiant la qualité pour agir du requérant. Il est en particulier permis de s'interroger sur l'invocabilité des moyens de procédure par des tiers qui, s'ils ont pu être associés de manière informelle à la procédure suivie, ne jouissent d'aucun droit à être consultés, à être entendus ou à avoir accès aux pièces du dossier. Nous nous bornerons sur ce point à souligner que vous ne vous êtes encore jamais engagés dans cette voie en matière de contrôle de concentration (voyez notamment la décision déjà mentionnée *Société NC Numéricable*, éclairée par les conclusions de Vincent Daumas).

²² TPICE, 3 avril 2003, *BaByliss c/ Commission*, aff. T-114/02.

5.5. Vous devrez encore prendre parti sur l'office du juge et plus particulièrement l'étendue du contrôle sur l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence.

La latitude que lui laisse le législateur dans l'exercice de son pouvoir de sanction, comme le degré de technicité de la matière alors que vous ne disposez pas des mêmes outils, compétences et expérience, plaident, dans un premier mouvement, pour un contrôle restreint, à l'instar de celui retenu par la décision *T...* pour les refus d'engager la procédure disciplinaire. Cela vaudrait pour la décision de clôture de la saisine d'office par l'Autorité de la concurrence concluant à la bonne exécution des obligations figurant dans la décision d'autorisation, voire aussi, en cas de constat de manquements, pour le choix de la sanction la plus appropriée au sein de la palette mise à sa disposition et, spécifiquement, de la définition des injonctions et prescriptions substituables aux mesures initiales.

Mais nous inclinons plutôt pour un contrôle plus étendu eu égard à l'importance des conséquences que de telles décisions, quel qu'en soit le dispositif, sont susceptibles d'avoir sur le fonctionnement concurrentiel du marché. Votre jurisprudence est en outre déjà engagée en faveur d'un contrôle entier lorsque le juge de l'excès de pouvoir vérifie l'existence d'un manquement d'un opérateur à ses obligations, appréciation assez binaire pour reprendre l'expression de notre collègue Cécile Barrois de Sarigny dans ses conclusions sur la décision du 6 mai 2021, *SIRTI* (n° 435540, aux T.) relative au pouvoir de mise en demeure du CSA. Elle est également en ce sens lorsqu'il s'agit de contrôler l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence aux différentes étapes de son analyse d'une opération de concentration, y compris lorsque sont contestées les mesures correctives²³. Il en va bien sûr de même lorsque vous vous prononcez sur les sanctions infligées à la partie notifiante comme juge de plein contentieux. Une unification du contrôle du juge en ce domaine, à l'exception notable des refus de donner suite à une plainte avec, en toile de fond, l'opportunité des poursuites, aurait le mérite de la cohérence et de la simplicité.

5.6 Nous terminerons par une observation sur le point de départ du délai de recours contentieux.

Le régime de sanction n'ayant pas été conçu pour les tiers, le code de commerce ne prévoit de notification de la décision prise en application de l'article L. 430-8 ou de la décision de clôture de la saisine d'office qu'aux entreprises concernées. S'agissant d'une décision individuelle, seule la publication est de nature à faire courir le délai de

²³ Voyez, entre autres : s'agissant de l'existence d'une concentration : CE, Sect., 31 mai 2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, n°s 213161, 213352, au Rec. ; s'agissant de la délimitation des marchés pertinents, de l'appréciation des effets anti-concurrentiels et de la contribution suffisante au progrès économique et social : CE, Sect., 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, n° 201853, au Rec. sur un autre point ; s'agissant du bien-fondé des injonctions assortissant l'autorisation de concentration : CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347 ea, au Rec. ; rappr. s'agissant du « triple test » applicable aux mesures de police : CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827 ea, au Rec.

recours à l'égard des tiers²⁴, pourvu qu'elle satisfasse aux critères fixés par votre jurisprudence *M...*²⁵.

Nous n'identifions pas de difficultés majeures à cet égard. L'article R. 430-6 du code de commerce prévoit seulement de rendre public le sens des décisions prises sur le fondement de l'article L. 430-8 dans les cinq jours ouvrables suivant la décision. Mais l'article D. 430-8 prévoit, de manière plus générale, que « *les décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre chargé de l'économie relatives aux opérations de concentration sont rendues publiques* », disposition qui nous paraît applicable, eu égard à ses termes très larges, aux saisines d'office, clôtures de saisine d'office et aux décisions relatives à une sanction. Il est précisé que cette publicité est assurée par une diffusion sur son site internet et dans le nécessaire respect du secret des affaires. Nous ne sommes pas certaines qu'en pratique, l'Autorité de la concurrence publie toutes ses décisions en la matière. Il lui appartiendrait, le cas échéant, d'assurer une publicité adéquate de ses décisions afin de faire courir le délai de recours contentieux à l'égard des tiers et de préserver ainsi la stabilité et la sécurité juridique des opérateurs économiques. Il n'est en l'espèce pas contesté que la décision attaquée a bien fait l'objet d'une telle publication.

6. Il nous faut enfin dire un mot des questions de fond que pose cette affaire toujours dans l'hypothèse où vous ne nous suivriez pas. Eu égard à la solution que nous proposons, nous nous permettons d'être assez brève en dépit d'un débat nourri entre les parties et de la technicité du litige.

6.1. Au titre de la légalité externe, la société Kosc se prévaut d'une irrégularité de procédure tirée de ce que l'Autorité de la concurrence n'a pas convoqué le commissaire du Gouvernement à la séance du 17 juillet 2019, préalablement à la décision de clôture de saisine d'office litigieuse. Ce moyen nous paraît inopérant, quand bien même vous décideriez de ne pas limiter l'étendue des moyens invocables par les tiers. La participation du commissaire du Gouvernement aux séances de l'Autorité, prescrite par l'article L. 463-7 du code de commerce, n'est applicable, par le renvoi opéré par les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du même code, que lorsque la procédure qu'elles prévoient est engagée, c'est-à-dire après l'envoi du rapport exposant les manquements reprochés à la partie notificante et énonçant les sanctions encourues. Aucune disposition du code de commerce ne prévoit qu'il en irait de même au stade amont de la saisine d'office en application du III de l'article L. 462-5 et de la clôture de cette saisine d'office.

6.2. Les moyens de légalité interne sont foisonnants comme souvent en la matière. Pour partie redondants, ils tendent, pour l'essentiel, à mettre en cause, sous l'angle de l'erreur de droit et de l'erreur d'appréciation, l'interprétation faite par l'Autorité de la concurrence de la portée de l'engagement relatif à la cession du réseau DSL²⁶ de la

²⁴ CE, 19 février 1993, *Centre hospitalier général de Montmorency*, n° 90242, T. p. 588

²⁵ CE, Sect., 27 juillet 2005, *M...*, n° 259004, p. 336.

²⁶ Pour mémoire, le réseau DSL (*digital subscriber line*) permet de proposer des connexions internet haut débit en

société Complétel et l'existence de manquements des sociétés Altice et Numéricable à cet engagement.

La société Kosc estime que cet engagement ne peut être lu indépendamment des stipulations du contrat de cession et impliquait que la cession devait intervenir dans un délai lui permettant d'exploiter effectivement le réseau dès le 31 mars 2017. Nous pensons toutefois qu'elle se méprend. Comme le rappelle la décision attaquée, cet engagement était destiné à préserver la dynamique concurrentielle sur le segment des offres de gros établies sur la boucle locale de cuivre et sur le marché des télécommunications fixes spécifiques aux entreprises (hors téléphonie fixe) pour les offres cuivre avec garantie de temps de rétablissement. Selon les termes de la lettre d'engagements du 27 octobre 2014 (point 2.5.1), annexée à la décision d'autorisation du 30 octobre 2014, la partie notifiante devait céder à un autre opérateur les éléments constitutifs de ce réseau, issu du dégroupage des boucles locales de cuivre du réseau téléphonique de l'opérateur historique. Elle devait en outre fournir, de manière optionnelle, des services de collecte longue distance en fibres optiques « noires » (c'est-à-dire non activées) permettant à un nouvel entrant ne disposant pas de ses propres infrastructures (ce qui était le cas de la société Kosc) de raccorder entre eux les différents éléments constituant le réseau cédé. Il y était précisé que cet engagement serait réputé respecter une fois conclu, dans le délai prévu, un contrat de vente définitif, le repreneur et ce contrat dûment approuvés par l'Autorité de la concurrence et la vente finalisée dans les trois mois (« *closing* »).

Le réseau cédé devait bien entendu être fonctionnel puisque l'objectif était de permettre l'apparition d'un nouvel opérateur sur le marché concerné, capable de proposer immédiatement ses services. Cette cession portait toutefois sur un réseau inactif, sans portefeuille de clients, la société Kosc étant seule responsable de l'installation de ses équipements actifs et de l'« allumage » du réseau une fois celui-ci cédé. Cette cession portait en outre sur un réseau de cuivre, celui qu'utilisait jusque-là la société Complétel pour fournir ses services DSL. Si la société Kosc a eu pour ambition de modifier la nature de ce réseau afin d'offrir des services sur support fibre optique, comme il lui était loisible de le faire, elle ne saurait, du fait de ce choix, étendre la portée de l'engagement souscrit. Les risques concurrentiels identifiés pour les offres de gros établies sur la boucle locale optique dédiée (dite BLOD) ont fait l'objet d'engagements distincts de celui qui est discuté ici (voir notamment les points 841 et suivants de la décision d'autorisation et le point 2.5.4. de la lettre d'engagements). Il nous semble donc, comme à l'Autorité, que les attentes de la société Kosc dépassaient à cet égard le périmètre de l'engagement prévu par la décision d'autorisation. Autrement dit, nous butons sur le principe d'interprétation stricte des engagements que vous avez consacré par votre décision *Canal plus I*. Si

utilisant la ligne téléphonique ordinaire en fil de cuivre. Cette boucle locale en cuivre appartient à la société Orange qui peut la mettre à disposition d'opérateurs tiers au moyen de prestations de dégroupage. Ces derniers peuvent alors développer leur propre réseau en continuité de cette boucle locale et mettre en place leurs propres équipements.

vous souscrivez à cette manière de voir, une large partie des critiques formulées par la société Kosc tombe.

Il est vrai que ce principe ne fait pas obstacle à ce que l'Autorité de la concurrence aille au-delà du strict respect formel d'un engagement afin de s'assurer que la partie notificante n'a pas adopté des mesures ou un comportement ayant pour conséquence de le priver de toute portée et de produire des effets anticoncurrentiels qu'il entendait prévenir. Mais l'Autorité ne s'en est pas tenue à une lecture littérale de l'engagement et a bien procédé à cette vérification. Elle a souligné, sur la base des rapports du mandataire indépendant comme des constatations de l'ARCEP, que face aux difficultés rencontrées par la société Kosc durant la phase d'« allumage » du réseau postérieure à la cession, le groupe Altice s'est impliqué dans chacune des procédures mises en place. Ceci a conduit le mandataire à constater qu'il n'existait pas de « *difficultés endémiques* » à l'été 2017, qu'environ 84 % des liaisons étaient opérationnelles et que, parmi les vingt-et-une liaisons qui ne l'étaient pas, seules cinq étaient « *en investigation chez SFR* », les autres dépendant de l'action de tiers, notamment de la société Orange, ou de la requérante elle-même. C'est en outre en vain que la société Kosc tente de tirer argument de la mise en place de processus d'accompagnement par le mandataire et du programme opérationnel d'accompagnement mis en place en février 2018 par l'ARCEP. Il ne préjuge pas du respect ou non de l'engagement souscrit par le groupe Altice et visait seulement à résorber, par la coopération des parties prenantes, les difficultés rencontrées par la société Kosc pour « allumer » le réseau cédé.

D'autre part, contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité a recherché si ces difficultés étaient imputables au groupe Altice ou si elles étaient liées à des difficultés extérieures ou à des tiers. L'argumentation développée par la société Kosc ne nous convainc pas que l'Autorité aurait commis une erreur d'appréciation en concluant à l'absence de manquement. Soulignons, avant de poursuivre plus avant, que conformément aux recommandations du mandataire indépendant, le bilan de livraison du réseau doit être dressé non au 31 mars 2017, date de livraison prévue dans le contrat de cession, mais plutôt à la fin du mois d'avril 2017, eu égard au délai dont disposait la société Kosc pour accuser réception de cette livraison.

S'agissant, en premier lieu, des retards de livraison des boucles locales, l'Autorité a analysé précisément les procès-verbaux dits de recette établis à chaque livraison de boucle (le réseau étant constitué de boucles disjointes, la cession s'est effectuée par boucle). Elle a estimé, sur la base des réponses à un questionnaire adressé aux sociétés Altice France et Kosc, qu'au moins 89 % des boucles devaient être considérées comme effectivement livrées au 31 mars 2017 et que s'agissant des 11 % restants, un procès-verbal de levée de réserves a été émis, dans la quasi-totalité des cas, avant la fin du mois d'avril 2017. La difficulté vient de ce que la société Kosc n'a signé ces procès-verbaux de levée de réserves qu'entre septembre 2017 et juin 2018, ce qui pouvait révéler un manquement du groupe Altice faute d'avoir apporté une solution aux réserves initiales.

Pour estimer que tel n'était pas le cas, l'Autorité a constaté que, pour 80 % des boucles concernées (soit 9 % de l'ensemble des boucles), la société Kosc avait émis des réserves « rétrospectives », autrement dit formulées après la signature du procès-verbal de recette. Elle a par ailleurs relevé que la société Kosc ne les a levées qu'après avoir obtenu la continuité optique, sans que l'on puisse déterminer si ce raccordement final correspondait à une réparation effective incombant au groupe Altice, à l'obtention par Orange du lien inter-bâtiments (dit « LIB ») ou même à l'installation par Kosc de ses propres équipements actifs. La société Kosc ne conteste pas efficacement ces différents éléments et reproche à l'Autorité d'avoir raisonné ainsi, alors qu'elle aurait dû, selon elle, rechercher la date à laquelle elle a réceptionné puis allumé la totalité du réseau cédé. Mais nous l'avons dit, il n'en est rien.

La société Kosc revient, en deuxième lieu, sur la communication tardive par le groupe Altice des informations techniques qui lui étaient nécessaires, en cas de nouvelles liaisons à créer, pour demander à la société Orange le dégroupage des boucles locales qui serait à l'origine de conséquences en cascade pour l'« allumage » du réseau. Mais se fondant sur les données transmises par le mandataire indépendant qui ne sont pas sérieusement contestées, l'Autorité de la concurrence a relevé que ces informations, mentionnées dans un document appelé mandat LIB, ont été communiquées pour environ 70 % des boucles locales concernées avant le 31 mars 2017 et pour environ 90 % avant la fin du mois d'avril 2017 et que moins de 5 % des retards de transmission des mandats étaient imputables au groupe Altice, l'intégralité des mandats LIB ayant été transmis en septembre 2017. Ajoutons que, contrairement à ce qui est soutenu, l'engagement ne fixait aucun délai pour procéder à la communication de ces mandats, le délai de 45 jours évoqué correspondant au délai de livraison par la société Orange du LIB commandé par le propriétaire de l'emplacement du nœud de raccordement abonné (en l'espèce la société Kosc).

La société requérante soulève, en troisième lieu, toute une série de moyens relatifs au défaut de transmission par le groupe Altice de diverses informations juridiques et techniques relatives aux positions de chambre d'extrémité, aux cartographies des liaisons, aux positions des tiers sur les câbles de dégroupage et aux types de fibres utilisées sur le réseau. L'Autorité n'a toutefois pas méconnu la portée de l'engagement en estimant qu'il ne prévoyait aucune obligation à cet égard et que ce litige relevait, le cas échéant, d'un litige commercial portant sur l'exécution des stipulations contractuelles.

C'est, en dernier lieu, bien en vain que la société Kosc invoque en filigrane une insuffisance de motivation ou un défaut d'examen de certaines circonstances. L'Autorité a exposé, longuement et avec précision, les considérations de fait et de droit justifiant sa décision, examinant si, au vu de ses investigations et, notamment, des éléments transmis par la société Kosc au cours de l'instruction, le groupe Altice avait manqué aux obligations résultant de l'engagement portant sur la cession du réseau DSL de Complétel. Elle n'était nullement tenue de répondre à l'ensemble des

arguments que cette société a pu faire valoir, au demeurant de manière informelle (voyez, *a fortiori*, la décision déjà mentionnée du 19 décembre 2019, *Société RMC Découverte*, à propos de la personne qui fait l'objet d'une sanction devant le CSA).

PCMNC au rejet de la requête (irrecevabilité) ainsi qu'au rejet des conclusions présentées par la société Altice France et la société Altice SA au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.