



**Décision n° 12-D-12 du 11 mai 2012
relative à la situation du groupe Colruyt au regard du I
de l'article L. 430-8 du code de commerce**

L'Autorité de la concurrence,

Vu la décision n° 11-SO-09 du 6 mai 2011 par laquelle l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de la situation du groupe Colruyt au regard des dispositions du I de l'article L. 430-8 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son article L. 430-8 ;

Vu les observations présentées par la société Colruyt France, la société Ets Fr. Colruyt et le commissaire du gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement et les représentants des sociétés Colruyt France et Ets Fr. Colruyt entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 3 avril 2012 ;

Adopte la décision suivante :

I. Contexte

1. Par lettre enregistrée le 5 novembre 2010 sous le numéro 10-195, la société Colruyt France a informé l'Autorité de la concurrence du fait qu'elle avait réalisé trois opérations de concentration sans les avoir notifiées : (i) l'acquisition, en date du 31 mars 2003, par la société Pro-A-Pro Distribution SA de la société Etablissements Jean Didier et Cie SA ; (ii) l'acquisition, en date du 30 juin 2004, par la société Pro-A-Pro Distribution SA de huit sociétés auprès des familles Mallet et Condemine ; et (iii) l'acquisition, en date du 30 avril 2009, par la société Colruyt France SA, de la société UGCA Unifrais et de ses filiales Unifrais International, Unifrais Distribution Unidis, RHC, Sodifrais-Société Nouvelle Alsace Frais Distribution, Garnaud et La Voulxoise.
2. Le 6 mai 2011, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de cette situation au regard de l'article L. 430-8 du code de commerce.

A. L'ENTREPRISE EN CAUSE

3. Colruyt France est une société anonyme de droit français dont le siège social est situé au 40-42 rue du Kefir 94310 ORLY et qui portait l'ancienne dénomination sociale Pro A Pro Distribution (n° d'identification : 331 876 987 R.C.S Créteil). Son capital est entièrement détenu par la société de droit belge Ets. Fr. Colruyt, tête du groupe Colruyt, dont le siège social est situé à Wilgenveld, Edingensesteenweg 196, B-1500 HAL (n° d'entreprise auprès du RPM de Bruxelles : 0400.378.485).
4. Le groupe Colruyt est spécialisé dans le commerce de détail, qui représente 77 % de son chiffre d'affaires total, grâce à la détention en Belgique d'un réseau de magasins de commerce à dominante alimentaire, exploités sous les enseignes Colruyt (221 magasins), Okay (74 magasins), Bio-Planet (7 magasins), et de magasins non alimentaires (42 magasins exploités sous les enseignes Dreamland et Dreambaby). Le groupe détient aussi, en France, 54 magasins à dominante alimentaire exploités sous les enseignes Colruyt et Coccinelle.
5. Le groupe Colruyt intervient également dans le commerce de gros, en assurant une activité de vente de produits alimentaires, en Belgique et en France, auprès de grandes et moyennes surfaces indépendantes et d'acteurs de la restauration hors foyer. Cette activité représente 17 % du chiffre d'affaires du groupe.

B. LES OPÉRATIONS EN CAUSE

1. L'ACQUISITION DE LA SOCIÉTÉ ETABLISSEMENTS JEAN DIDIER ET CIE SA

6. L'opération, formalisée par une promesse synallagmatique de cession d'actions en date du 21 mars 2003, avec effet au 31 mars 2003, porte sur l'acquisition, par la société Pro-A-Pro Distribution, devenue la société Colruyt France, de 100 % des actions et droits de vote de la société Ets Jean Didier et Cie SA, société anonyme de droit français immatriculée au RCS de Créteil.
7. Cette dernière exploitait un fonds de commerce de grossiste en produits alimentaires et non alimentaires (vaisselle, verrerie) destinés aux collectivités publiques et privées à Orly ainsi qu'un établissement secondaire situé à Fort de France (Martinique) et à Saint-Denis (La Réunion).
8. Son chiffre d'affaires total mondial annuel s'élevait, au dernier exercice clos avant la date de l'opération, c'est-à-dire le 31 décembre 2002, à 26,1 millions d'euros dont 20,9 millions d'euros réalisés en France.
9. A la suite du dépôt d'un dossier de notification en date du 10 juin 2011 par la société Colruyt France, qui a été déclaré complet le 3 janvier 2012, cette opération a été autorisée par une décision en date du 6 février 2012.

2. L'ACQUISITION DE HUIT SOCIÉTÉS CONSTITUANT LE GROUPE MALLET

10. L'opération, formalisée par un contrat de vente en date du 18 juin 2004, avec effet au 30 juin 2004, porte sur l'acquisition, par la société Pro-A-Pro Distribution, devenue la société Colruyt France, de l'intégralité des actions et droits de vote des sociétés Etablissements Mallet SA, MPC SA et Silor SA. L'opération entraînait également la prise de contrôle des filiales contrôlées par ces sociétés, à savoir la société Disval SA (et ses filiales Super 10 SARL, Quapri SARL et RDM SARL), contrôlée à hauteur de 84 % par Etablissements Mallet SA et la société L'Ormeriaie SAS, intégralement détenue par Silor SA.
11. Le groupe Mallet, constitué de l'ensemble de ces sociétés, était principalement actif dans le commerce de gros de produits frais, secs et surgelés auprès de magasins indépendants et dans le commerce de détail de proximité, grâce à la détention de quelques magasins situés dans les départements du Cher et du Loiret.
12. Le chiffre d'affaires total mondial annuel du groupe s'élevait, au dernier exercice clos avant la date de l'opération, c'est-à-dire le 31 décembre 2003, à 57 millions d'euros exclusivement réalisés en France.
13. A la suite du dépôt d'un dossier de notification le 10 juin 2011 par la société Colruyt France, qui a été déclaré complet le 30 novembre 2011, cette opération a été autorisée par une décision en date du 20 décembre 2011.

3. L'ACQUISITION DE LA SOCIÉTÉ UCGA UNIFRAIS ET DE SES FILIALES

14. L'opération relative à l'acquisition de la société Union de Commerce de Gros Alimentaires (ci-après « UCGA-Unifrais») par la société Colruyt France, s'est réalisée en deux temps :
 - (i) la cession de 42,45 % du capital de la société UCGA-Unifrais à la société Colruyt

France, formalisée par un acte de cession d'actions en date du 20 janvier 2009 ; et (ii) l'acquisition, par la société Colruyt France, de 53 % de capital supplémentaire, à la suite d'une augmentation de capital décidée par l'assemblée générale extraordinaire de la société UCGA-Unifrais en date du 31 mars 2009, du bulletin de souscription d'actions de la société Colruyt France en date du 17 avril 2009, du certificat établi par le commissaire aux comptes en date du 30 avril 2009 et du constat établi par le conseil d'administration en date du 30 avril 2009.

15. A l'issue de ce processus, la société Colruyt France détenait, à la date du 30 avril 2009, 95,4 % du capital de la société UCGA-Unifrais.
16. La société UCGA-Unifrais est à la tête du groupe Unifrais et contrôle les sociétés Unifrais International et Unifrais Distribution, cette dernière contrôlant elle-même l'intégralité du capital des sociétés RHC, Nouvelle Alsace Frais Distribution (ci-après « Sodifrais »), Etablissements Garnaud, La Voulxoise et 5 % du capital de la société Dafoter.
17. Outre un rôle de centrale d'achat pour des entreprises de commerce de gros, le groupe Unifrais est principalement actif dans la distribution en gros de produits frais à destination des acteurs de la restauration hors foyer.
18. Le chiffre d'affaires total mondial annuel du groupe s'élevait, au dernier exercice clos avant la date de l'opération, c'est-à-dire le 30 avril 2008, à 64,04 millions d'euros, quasi-exclusivement réalisés en France.
19. A la suite du dépôt d'un dossier de notification le 10 juin 2011 par la société Colruyt France, qui a été déclaré complet le 21 octobre 2011, cette opération a été autorisée par une décision en date du 28 novembre 2011.

II. Analyse au regard des dispositions du I de l'article L. 430-8 du code de commerce

20. Compte tenu de la date relativement ancienne des opérations en cause, en particulier en ce qui concerne les deux premières, il convient, de façon préalable, de s'interroger sur le régime de prescription applicable aux faits visés par le I de l'article L. 430-8 du code de commerce (A). Ensuite, il conviendra d'examiner, au regard des textes applicables au moment de la réalisation des opérations respectives, si celles-ci étaient contrôlables et si leur absence de notification préalable à l'Autorité constitue un manquement à l'article L. 430-3 du code de commerce (B). Enfin, si un tel manquement est établi, il s'agira d'identifier la personne à laquelle en incombe la responsabilité (C).

A. SUR LA PRESCRIPTION

1. SUR L'EXISTENCE D'UNE PRESCRIPTION APPLICABLE AUX FAITS VISÉS AU I DE L'ARTICLE L. 430-8 DU CODE DE COMMERCE

21. Le titre III (« De la concentration économique ») du livre IV (« De la liberté des prix et de la concurrence ») du code de commerce ne contient aucune disposition expresse portant sur

l'existence d'une prescription spécifiquement applicable aux faits visés au I de l'article L. 430-8.

22. Contrairement à l'action publique en matière pénale (articles 7, 8 et 9 du code de procédure pénale), aucune règle générale, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fixe par ailleurs de prescription pour l'imposition de sanctions administratives ou, plus généralement, en matière de répression administrative.
23. Toutefois, il ne peut être déduit de cette absence de texte ou de principe général du droit que les faits concernés seraient imprescriptibles. Au contraire, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment de sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 (au cours de laquelle il a relevé l'existence d'une prescription de trois ans comme l'une des garanties entourant l'instauration d'un pouvoir de sanction au profit du CSA), que, eu égard à leur nature, les comportements susceptibles d'être poursuivis au titre des dispositions du I de l'article L. 430-8 du code de commerce ne sauraient être considérés comme imprescriptibles.
24. Il convient de relever, à cet égard, qu'en matière de répression administrative, le Conseil d'Etat a conclu à plusieurs reprises à l'existence d'une règle de prescription qui ne résultait d'aucun texte. Dans le domaine des contraventions de grande voirie, il a ainsi appliqué une même règle de prescription que celle applicable, en matière pénale, aux contraventions (arrêt du Conseil d'Etat du 27 février 1836, *Ministre de la guerre c/ Pozzo di Borgo* ; arrêt du 30 janvier 1942, *Digennard* ; arrêt Section du 29 janvier 1979, *Ministre des transports c/ Sté Missenart-Quint*). En matière de législation économique, le Conseil d'Etat a jugé dans le même sens « *qu'en vertu de l'ordonnance n° 45-483 du 30 juin 1945, les infractions à la législation économique sont de nature à être punies correctionnellement. Dès lors, les poursuites dont elles peuvent faire l'objet doivent être regardées comme susceptibles d'être éteintes par la prescription triennale prévue à l'article 8 du code de procédure pénale* » (décision *Syndicat national des médecins biologistes et autres* du 22 mars 1991, s'agissant de faits susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales -auquel cas la prescription triennale de l'article 8 du code de procédure pénale était applicable- ou de faire l'objet de sanctions pécuniaires administratives, si bien que la logique plaidait pour une prescription identique ; dans le même sens, arrêt du Conseil d'Etat du 29 avril 1953, *Le Tareau* ; arrêt du 20 février 1959, *Ministre c/ Sol* ; arrêt du 23 mars 1960, *Pananceau* ; arrêt du 16 février 1962, *Percy du Sert*).
25. Dans le domaine de la concurrence, le code de commerce comporte, au sein du chapitre II (« Des attributions ») du titre VI (« De l'Autorité de la concurrence ») de son livre IV précité, des dispositions expresses relatives à la prescription des faits. Le premier alinéa de l'article L. 462-7 du code de commerce dispose ainsi que « *l'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* ».
26. Cet article, qui est issu de l'article 27 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, a été adopté à une date à laquelle le Conseil de la concurrence, auquel l'Autorité de la concurrence a succédé en mars 2009, n'était compétent en matière de concentrations économiques qu'à titre consultatif, sur saisine du ministre de l'économie qui était alors compétent aussi bien pour contrôler ces opérations que pour connaître des infractions visées par l'actuel article L. 430-8. Son premier alinéa ne pouvait donc viser, à l'époque, que les faits constitutifs de pratiques anticoncurrentielles. Les deux alinéas suivants de cet article ne visent d'ailleurs toujours que les pratiques anticoncurrentielles.

27. Cependant, force est de constater que l'article L. 462-7 a été codifié dans le titre relatif à l'Autorité de la concurrence, et non dans celui propre au seul contrôle des pratiques anticoncurrentielles. En outre, le libellé de son premier alinéa, qui englobe « *l[a] recherche, l[a] constatation ou l[a] sanction* » des faits, ne contient aucun élément dont il devrait être déduit qu'il se limite aux seuls faits appréhendés au regard des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Au contraire, il vise, sans distinction, l'ensemble des « *faits* » que l'Autorité peut être conduite à sanctionner.
28. En conséquence, il convient de retenir que la prescription quinquennale prévue par le I de l'article L. 462-7 du code de commerce est applicable aux faits relevant du I de l'article L. 430-8 de ce code.

2. SUR LE POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION APPLICABLE AUX FAITS VISÉS AU I DE L'ARTICLE L. 430-8 DU CODE DE COMMERCE

29. De manière générale, le point de départ d'une prescription diffère selon le caractère instantané ou continu de l'infraction en cause.
30. Une infraction instantanée se définit comme une infraction dont l'acte matériel s'accomplit en un trait de temps. Une sous-catégorie de ce type d'infractions est constituée par les infractions dites permanentes, dont l'acte matériel s'exécute également en un trait de temps, mais dont les effets se prolongent dans la durée, sans nouvelle intervention de l'auteur des faits. Pour l'ensemble de ces infractions, le point de départ de la prescription se situe au jour de la commission des faits, même si leurs effets se prolongent après cette date. Ainsi, par exemple, le délit de construction sans permis prévu et réprimé par les articles L. 421-1 et L. 480-4 du code de l'urbanisme se prescrit à compter de la date à laquelle lesdits travaux ont été achevés et non du jour où la construction est démolie (arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 10 décembre 1985, Bull. crim. n° 395).
31. Une infraction continue se définit pour sa part comme une infraction dont l'acte matériel, en raison de la définition même de l'incrimination, se prolonge pendant une certaine durée, du fait de la volonté réitérée de l'auteur des faits. La prescription d'une telle infraction ne court qu'à partir du jour où l'activité délictueuse a pris fin. Par ailleurs, aux infractions continues peuvent être assimilées les infractions dites continuées, c'est-à-dire celles qui constituent une opération délictueuse unique entraînant une répétition d'actes d'exécution. Ainsi, en matière de pratiques anticoncurrentielles, il a été jugé que le délit d'abus de position dominante, résultant de la conclusion d'un contrat d'approvisionnement exclusif en temps prescrit, se prescrit seulement à compter du dernier acte d'exécution dudit contrat (arrêt de la Cour de cassation, Crim, du 19 mars 2008). De même, il a été retenu que les pratiques de remise de couplage anticoncurrentielle et de prédation se prescrivent, non pas à compter de la fin de la commercialisation de l'offre litigieuse, mais à partir de la fin de l'exécution du contrat en découlant (décision du Conseil de la concurrence n° [05-D-13](#), confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 novembre 2005).
32. Le I de l'article L. 430-8 du code de commerce prévoit que l'Autorité peut sanctionner les personnes auxquelles incombaient la charge de la notification lorsqu'« *une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée* ».
33. Dans la mesure où les faits visés au I de l'article L. 430-8 concernent l'omission d'une notification devant intervenir à un moment précis, soit au plus tard dans un délai suffisant pour permettre à l'Autorité d'exercer son contrôle dans les délais prévus par la loi, et où la

réalisation d'une opération de concentration économique intervient en un trait de temps, même si ses effets sont appelés à se poursuivre, il y a lieu, contrairement à ce que soutient le commissaire du gouvernement qui relève l'existence d'une infraction continue, de considérer que la réalisation d'une opération de concentration sans qu'elle ait été notifiée préalablement constitue une infraction permanente au sens que lui donne la jurisprudence citée au paragraphe 30. Dans ces conditions, les infractions permanentes étant soumises au régime des infractions instantanées, la prescription commence à courir au jour où se matérialise le changement de contrôle.

34. En l'espèce, les deux premières opérations concernées s'étant respectivement réalisées le 31 mars 2003 et le 30 juin 2004, et aucun acte interruptif ou suspensif n'étant intervenu avant la dénonciation spontanée des faits par l'entreprise concernée le 5 novembre 2010, il convient de constater que les faits portés à la connaissance des services d'instruction à propos de ces deux opérations sont prescrits. En revanche, les faits relatifs à la troisième opération, réalisée le 30 avril 2009, n'étant pas prescrits, il convient d'examiner ceux-ci.

B. SUR LE CARACTÈRE CONTRÔLABLE DE L'ACQUISITION DE LA SOCIÉTÉ UCGA UNIFRAIS ET DE SES FILIALES

35. Les dispositions de l'article L. 430-1 du code de commerce prévoient qu'« *une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'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.*

II. - La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. - Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- *des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;*
- *des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».*

36. Au cas d'espèce, à l'issue du processus d'acquisition, la société Colruyt France détenait, à la date du 30 avril 2009, 95,4 % du capital de la société UCGA-Unifrais et, par conséquent, le contrôle exclusif de cette société. En effet, le reste du capital était détenu à cette date par plusieurs personnes morales ou physiques dont aucune ne détenait de droits de nature à lui octroyer une influence déterminante sur la société UCGA-Unifrais.
37. Dès lors cette opération constituait bien une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce.
38. En outre, l'article L. 430-2 du code de commerce précise :

« I. - Est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ».

39. Au cas d'espèce, les entreprises concernées réalisaient ensemble un chiffre d'affaires total sur le plan mondial de plus de 150 millions d'euros (groupe Colruyt : 6,3 milliards d'euros à l'exercice clos le 31 mars 2009 ; groupe Unifrais : 64 millions d'euros à l'exercice clos au 30 avril 2008). Par ailleurs, les deux entreprises concernées réalisaient chacune, en France, un chiffre d'affaires supérieur à 50 millions d'euros (groupe Colruyt : 651 millions d'euros à l'exercice clos le 31 mars 2009 ; groupe Unifrais : 62 millions d'euros à l'exercice clos au 30 avril 2008).
40. Compte tenu de ces chiffres d'affaires, l'opération ne revêtait pas une dimension communautaire. En revanche, les seuils de contrôle mentionnés au I de l'article L. 430-2 du code de commerce étaient franchis.
41. Cette opération était donc soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du code de commerce relatifs à la concentration économique.
42. Dès lors, la réalisation de cette opération sans notification préalable à l'Autorité constitue un manquement relevant de l'article L. 430-8 du code de commerce.

C. SUR L'IMPUTABILITÉ DU MANQUEMENT

43. Dans le cas où une opération de concentration est réalisée sans avoir été notifiée préalablement à l'Autorité, l'article L. 430-8 du code de commerce prévoit que celle-ci « peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros ».
44. Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article L. 430-3 indique que « l'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement ».
45. Dès lors, l'infraction de défaut de notification d'une opération de concentration est à imputer aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie de l'entreprise cible.

46. L'article L. 430-1 du code de commerce, qui définit la notion de contrôle, précise notamment qu' « *une opération de concentration est réalisée [...] lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'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* » et que « *[a]ux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement, et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise* ».
47. Il résulte de l'économie de ces dispositions que le défaut de notification d'une opération de concentration doit être imputé à la ou aux personne(s) physique(s) ou morale(s) sur lesquelles pesait l'obligation de notification, c'est-à-dire à celle(s) acquérant de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule personne juridiquement signataire de l'accord d'acquisition, dans la mesure où cette ou ces personnes dispose(nt), « *directement ou indirectement* », de la « *possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité* » de la cible. D'ailleurs, en droit européen, la communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises précise qu' « *en règle générale, les prises de contrôle sont le fait des personnes ou des entreprises titulaires ou bénéficiaires de droits qui confèrent un contrôle. Toutefois, il arrive aussi que le détenteur officiel d'une participation contrôlante ne corresponde pas à la personne ou l'entreprise qui détient, de fait, le pouvoir réel d'exercer les droits que confère cette participation. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise utilise un tiers ou une autre entreprise afin d'acquérir une participation contrôlante et détient le pouvoir d'exercer les droits conférant ce contrôle par l'intermédiaire de ce tiers ou de cette autre entreprise. En d'autres termes, l'entreprise intermédiaire est le détenteur officiel des droits mais n'intervient qu'en tant que vecteur pour la prise de contrôle. La prise de contrôle est alors effectuée par l'entreprise sous-jacente à l'opération qui exerce, de fait, le pouvoir de contrôler l'entreprise cible* ».
48. Au cas d'espèce, les actions de la société cible UCGA-Unifrais ont été acquises par la société Colruyt France, filiale à 100 % de la société de droit belge Ets. Fr. Colruyt. La lettre d'intention du 13 août 2008, relative à cette opération, indique que l'offre a été approuvée à la fois par le conseil d'administration de la société Colruyt France et par le conseil d'administration de la société mère Ets. Fr. Colruyt. En outre, ladite lettre d'intention a été signée, pour le compte de l'acquéreur, par M. Frans X..., actionnaire et administrateur de la société Ets. Fr. Colruyt, et par M. Wim Y..., directeur financier de cette même société. L'ensemble de ces éléments démontre à suffisance que la prise de contrôle a été effectuée par la société Ets. Fr. Colruyt, entité ultimement contrôlante de l'entreprise cible acquise le 30 avril 2009.
49. Les arguments des parties selon lesquels la notification effectuée pour régulariser l'opération litigieuse au cours de l'année 2011 était le fait de la seule société Colruyt France ne sont pas de nature à modifier cette conclusion. En effet, le fait que la notification puisse être effectuée, lors de la prise de contrôle d'une entreprise par un groupe, aussi bien par la filiale directement concernée, en tant que détentrice officielle des droits, que par son entreprise fondatrice et indirectement contrôlante, ne remet pas en cause les règles prévues par les articles L. 430-3 et L. 430-8 du code de commerce, selon lesquelles c'est l'ensemble de ces personnes, qui acquièrent directement ou indirectement le contrôle de la cible, qui sont juridiquement tenues de notifier l'opération préalablement à sa réalisation et responsables d'un manquement à cette obligation. En d'autres termes, la liberté laissée à

un groupe de choisir la société qui notifiera en pratique l'opération ne modifie nullement la situation juridique de la ou des personne(s) tenue(s) à l'obligation de notification au sens de l'alinéa 2 de l'article L. 430-3 du code de commerce. Ainsi, lorsqu'une société, filiale d'un groupe, notifie une opération de concentration, elle est réputée le faire pour la personne qui en détient ultimement le contrôle. Il convient par ailleurs de relever que, conformément à ces dispositions, la décision n° 11-DCC-172 relative à l'acquisition de la société UCGA-Unifrais SA par la société Colruyt France SA identifie clairement la société Ets. Fr. Colruyt comme entité contrôlant ultimement le groupe acquéreur.

50. En conséquence, il y a lieu d'imputer la responsabilité du manquement à la société de droit belge Ets. Fr. Colruyt.

III. Détermination du montant de la sanction

51. L'article L. 430-8 du code de commerce prévoit que l'Autorité « *peut infliger aux personnes auxquelles incombe la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros* ».
52. Le chiffre d'affaires total mondial hors taxes consolidé réalisé par le groupe Colruyt s'est élevé, pour le dernier exercice clos au 31 mars 2011, à 7,28 milliards d'euros. L'ensemble des activités réalisées sur le territoire français par le groupe Colruyt s'effectue par l'intermédiaire de la société Colruyt France et ses filiales, la société Colruyt France ne disposant pas de comptes consolidés à son niveau. Le chiffre d'affaires réalisé en France par le groupe Colruyt à la date du 31 mars 2011 s'est élevé à 784 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction, égal à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par le groupe Colruyt, est donc de 39,2 millions d'euros.
53. Conformément au principe de la proportionnalité des peines et à celui de l'individualisation des sanctions, il sera tenu compte, pour déterminer en l'espèce le montant de la sanction, tant de la gravité des faits eu égard aux circonstances de l'espèce (A) que de la situation individuelle de l'entreprise en cause (B).

A. SUR LA GRAVITÉ DU MANQUEMENT

54. A titre liminaire, il convient de préciser que le non-respect de l'obligation prévue à l'article L. 430-3 du code de commerce constitue, par nature, une infraction grave à l'ordre public économique dans la mesure où ce manquement prive l'Autorité de la concurrence de toute possibilité de contrôler, comme le prévoit le code de commerce, un projet de concentration préalablement à sa réalisation, et ce, quels que puissent être les effets possibles de l'opération projetée sur la concurrence. La caractérisation du manquement sanctionné par le I de l'article L. 430-8 du code de commerce ne nécessite donc pas la démonstration d'une atteinte à la concurrence qui pourrait être provoquée par la concentration non notifiée. Si cette infraction est, dès lors, grave par nature, l'appréciation de l'Autorité n'en

tient pas moins compte des circonstances concrètes propres au cas d'espèce, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes, et notamment du caractère plus ou moins évident de la contrôlabilité de l'opération, de la taille de l'entreprise et des moyens, notamment juridiques, dont celle-ci pouvait disposer, ou de l'éventuelle volonté délibérée de ses responsables de contourner l'obligation légale de notification, en particulier lorsque l'opération était susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence.

55. Au cas d'espèce, il convient d'une part de tenir compte de deux circonstances qui éclairent le contexte dans lequel le groupe Colruyt s'est abstenu de notifier l'opération en cause. En premier lieu, l'acquisition du contrôle de la cible et la soumission de ce rachat au contrôle national des concentrations étaient tout à fait évidentes et prévisibles, ne soulevant aucune difficulté d'analyse juridique, dans la mesure où il s'agissait de l'acquisition de 95,4 % du capital et des droits de vote d'une entreprise réalisant un chiffre d'affaires de 62 millions d'euros, soit nettement plus que le seuil de 50 millions d'euros prévu par les textes rappelés aux paragraphes 35 à 42 de la présente décision. La gravité du manquement reproché est d'autant plus importante à cet égard que la lettre d'intention du 13 août 2008, relative à la promesse d'achat d'actions et signée par M. Frans X..., actionnaire et administrateur de la société Ets. Fr. Colruyt et par M. Wim Y..., directeur financier, prévoyait explicitement une clause suspensive portant sur l'approbation de l'opération par les autorités de concurrence : « *la transaction est conclue sous réserve de l'approbation du Conseil de la concurrence dans le cas où la transaction résulte de ladite législation. La date du 31 décembre 2008 pourra ensuite être reportée des délais nécessaires afin d'obtenir cette approbation* ».
56. En second lieu, il convient de relever que la société Ets. Fr. Colruyt est à la tête d'un groupe important qui générerait, à la date de réalisation de l'opération concernée, un chiffre d'affaires total annuel de 6,3 milliards d'euros. Les représentants de l'entreprise en cause ont expliqué le défaut de notification par le fait que la filiale Colruyt France ne disposait pas à l'époque d'un service juridique, le traitement des questions d'ordre juridique étant assuré par un cabinet d'avocats extérieur. Or, comme il a été démontré, la société mère Ets. Fr. Colruyt est amplement intervenue dans le processus de prise de contrôle de la société UCGA-Unifrais et ses filiales, notamment à l'occasion de la signature de la lettre d'intention du 13 août 2008. Dans ces conditions, même si la filiale française ne disposait pas d'un service juridique propre, elle pouvait aisément s'appuyer sur les services de la société mère. En tout état de cause, compte tenu de la taille du groupe, l'entreprise en cause disposait des moyens lui permettant de recourir à un conseil juridique adéquat.
57. En sens contraire, à la décharge de l'entreprise, il convient de relever que le manquement reproché a été dénoncé spontanément par le groupe Colruyt qui a ensuite pleinement coopéré tout au long de l'instruction de la présente affaire, en communiquant tous documents utiles aux services d'instruction. Aucun élément du dossier ne permet, par ailleurs, de suggérer que le groupe Colruyt aurait cherché délibérément à contourner le contrôle des concentrations, au regard des risques concurrentiels anticipés de l'opération.

B. SUR LA SITUATION DE L'ENTREPRISE SANCTIONNÉE

58. Dans ses observations écrites, l'entreprise en cause invoque l'existence de difficultés financières de la société Colruyt France et ses filiales, l'ensemble de celles-ci ayant respectivement dégagé une perte globale de 427 000 euros au 31 décembre 2010 et une perte globale de 9,6 millions d'euros au 31 décembre 2011.

59. Toutefois, il convient de préciser que, selon les explications mêmes fournies en séance par les représentants de l'entreprise poursuivie, l'essentiel de ces pertes trouve son origine dans la volonté du groupe d'accroître ses parts de marché en France, caractérisée notamment par des investissements importants, en l'espèce l'ouverture de 7 nouveaux magasins au cours de la période considérée.
60. De plus, compte tenu de l'imputation du manquement poursuivi à la seule société Ets. Fr. Colruyt, tête du groupe Colruyt, il convient d'apprécier la capacité contributive de l'entreprise en cause au regard de la situation financière de l'ensemble du groupe et non pas des seules filiales françaises.
61. Or, avec un chiffre d'affaires total annuel de 7,28 milliards d'euros au dernier exercice clos le 31 mars 2011, le groupe présente un résultat net de 338 millions d'euros, soit un bénéfice équivalent à 4,6 % du chiffre d'affaires. La situation financière du groupe apparaît saine et l'activité en forte croissance depuis plusieurs années lui permet de générer des profits significatifs. Ainsi, d'un montant de 3,1 milliards d'euros en 2003, le chiffre d'affaires a atteint la somme de 7,3 milliards d'euros en 2011. D'un montant de 134 millions d'euros en 2003, le bénéfice a atteint la somme de 338 millions d'euros en 2011.

C. SUR LE MONTANT DE LA SANCTION

62. Compte tenu de l'ensemble des éléments, retracés plus haut, relatifs à la gravité du comportement reproché et de la situation individuelle telle qu'elle vient d'être décrite à l'entreprise, à laquelle ce comportement est imputé, il y a lieu de sanctionner la société Ets. Fr. Colruyt à hauteur de 392 000 euros.

DÉCISION

Article 1^{er} : Les faits relatifs à l'opération d'acquisition, en date du 31 mars 2003, de la société Etablissements Jean Didier et Cie SA, d'une part, et à l'opération d'acquisition, en date du 30 juin 2004, de huit sociétés constituant le groupe Mallet, d'autre part, sont couverts par la prescription.

Article 2 : Il est établi que la société de droit belge Etablissements Fr. Colruyt a manqué aux obligations prévues par l'article L. 430-3 du code de commerce en réalisant une opération de concentration, consistant en la prise de contrôle exclusif, en date du 30 avril 2009, de la société UCGA Unifrais et de ses filiales, sans que celle-ci n'ait fait l'objet d'une notification préalablement à sa réalisation.

Article 3 : Une sanction pécuniaire d'un montant de 392 000 euros (trois cent quatre-vingt douze mille euros) est infligée à la société Ets. Fr. Colruyt.

Délibéré sur le rapport oral de M. Jean-Marc Toublanc, rapporteur, et l'intervention de Mme Nadine Mouy, rapporteure générale adjointe, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mme Françoise Aubert et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Caroline Orsel-Sébès

Le président,

Bruno Lasserre

© Autorité de la concurrence