

CONSEIL D'ETATstatuant
au contentieux

FB

Nos 337533, 338594

REPUBLIQUE FRANÇAISESOCIETE MR. BRICOLAGE
SOCIETE BRIC'OLERON**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**Mme Emilie Bokdam
RapporteurLe Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 3^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies)Mme Emmanuelle Cortot-Boucher
Rapporteur publicSur le rapport de la 3^{ème} sous-section
de la section du contentieuxSéance du 6 décembre 2010
Lecture du 23 décembre 2010

Vu, 1°) sous le n° 337533, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 12 mars et 12 avril 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE MR. BRICOLAGE, dont le siège est 1 rue Montaigne à La Chapelle Saint-Mesmin (45380), représentée par son président directeur général ; la SOCIETE MR. BRICOLAGE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 par laquelle l'Autorité de la concurrence a autorisé la concentration constituée par la prise de contrôle exclusif, par elle-même, de la société Passerelle, sous réserve de la réalisation de huit engagements ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat (Autorité de la concurrence) la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 2°) sous le n° 338594, la requête, enregistrée le 12 avril 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE BRIC'OLERON, dont le siège est Zone Artisanale La Jarrie à Dolus d'Oléron (17550), représentée par son gérant ; la SOCIETE BRIC'OLERON demande au Conseil d'Etat :

N° 337533

- 2 -

1°) d'annuler la décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 par laquelle l'Autorité de la concurrence a autorisé la prise de contrôle exclusif, par la société Mr. Bricolage, de la société Passerelle, sous réserve de la réalisation de huit engagements ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat (Autorité de la concurrence) la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Emilie Bokdam, Auditeur,

- les observations de Me Spinosi, avocat de la SOCIETE MR. BRICOLAGE et de la SOCIETE BRIC'OLERON et de la SCP Baraduc, Duhamel, avocat de l'Autorité de la concurrence,

- les conclusions de Mme Emmanuelle Cortot-Boucher, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à Me Spinosi, avocat de la SOCIETE MR. BRICOLAGE et de la SOCIETE BRIC'OLERON et à la SCP Baraduc, Duhamel, avocat de l'Autorité de la concurrence ;

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 430-4 du code de commerce : « La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence (...) » ; que l'article L. 430-5 de ce code dispose : « I. L'Autorité de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète. / II. Les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération (...). / III. L'Autorité de la concurrence peut : / - soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 ; / - soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ; / - soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions

N° 337533

- 3 -

prévues à l'article L. 430-6. / IV. Si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune des trois décisions prévues au III dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, elle en informe le ministre chargé de l'économie (...) » ;

Considérant que, par les requêtes visées ci-dessus, la SOCIETE MR. BRICOLAGE et la SOCIETE BRIC'OLERON demandent l'annulation, pour excès de pouvoir, de la décision n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010, publiée le 2 mars 2010, par laquelle l'Autorité de la concurrence a autorisé l'opération de concentration constituée par la prise de contrôle, par la SOCIETE MR. BRICOLAGE, de la société Passerelle, sous réserve de la réalisation de huit engagements ; qu'il y a lieu de joindre ces requêtes pour statuer par une seule décision ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité des requêtes ;

Sur la motivation :

Considérant qu'après avoir précisé que le pouvoir de marché d'un groupe de distribution s'apprécie en tenant compte des magasins qu'il détient en propre et de ceux qui sont exploités en franchise, quel que soit leur statut juridique, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome par rapport au franchiseur, l'Autorité de la concurrence a analysé les relations contractuelles, d'une part, entre la SOCIETE MR. BRICOLAGE et les adhérents de son réseau, d'autre part, entre Le Club, filiale de la société Passerelle qui anime son réseau de magasins d'adhérents, et ceux-ci ; qu'ayant relevé que, eu égard à leur insuffisante autonomie commerciale par rapport à chacune des deux têtes de réseaux, tous les adhérents, à l'exception des seuls membres « acheteurs », devaient être pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de l'entité résultant de l'opération de concentration en cause, l'Autorité de la concurrence a identifié quatre-vingt sept zones de chalandise et relevé que, dans huit de ces zones, le risque concurrentiel de l'opération ne pouvait être prévenu que si étaient respectés les engagements proposés par la SOCIETE MR. BRICOLAGE, lesquels étaient, dans un cas, d'exclure un magasin du réseau, dans un autre cas, de céder un magasin, dans les autres cas, enfin, de ne pas renouveler l'adhésion des magasins à l'expiration de leur contrat ; qu'elle a ainsi suffisamment motivé sa décision au regard des exigences de l'article L. 430-5 précité du code de commerce ;

Sur l'appréciation, par l'Autorité de la concurrence, du pouvoir de marché de la nouvelle entité à l'issue de l'opération litigieuse :

Considérant, en premier lieu, qu'en relevant que l'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, qui est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante, aux fins d'identifier une opération de concentration, exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome, l'Autorité de la concurrence, qui s'est d'ailleurs conformée à une pratique constante des autorités de concurrence, n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'en procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité

N° 337533

- 4 -

d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximum, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé, l'Autorité de la concurrence n'a pas non plus commis d'erreur de droit ; qu'enfin, en procédant, comme elle y était d'ailleurs tenue, à une analyse prospective des effets probables de l'opération sur l'autonomie des franchisés au sein du nouveau groupe de distribution, elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit ; qu'elle n'a, par ailleurs, pas méconnu les principes d'égalité et de sécurité juridique ni, en tout état de cause, le principe de protection de la confiance légitime ;

Considérant, en deuxième lieu, que, en ce qui concerne les magasins adhérents du réseau MR. BRICOLAGE, il ressort des pièces du dossier que, ainsi que l'a relevé l'Autorité de la concurrence dans la décision attaquée, la « charte de l'adhérent à l'enseigne Mr. Bricolage » les oblige notamment à respecter la politique commerciale élaborée par la SOCIETE MR. BRICOLAGE en matière publicitaire, à participer à huit campagnes promotionnelles par an, à s'approvisionner pour 80 % de leurs achats auprès des fournisseurs référencés par cette société, à ne pas modifier leur point de vente sans l'accord du franchiseur et à accorder à celui-ci un droit de préemption, de substitution et de préférence en cas de cession de leur magasin ; que, alors même que, comme elle le soutient, la SOCIETE MR. BRICOLAGE n'exigerait pas, en pratique, le respect de certaines clauses des contrats d'adhésion, l'Autorité de la concurrence, qui n'a pas dénaturé les termes de la Charte du réseau, n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que les magasins franchisés du réseau MR. BRICOLAGE devaient être pris en compte pour apprécier le pouvoir de marché de la nouvelle entité, en dépit de leur statut juridique de commerçants indépendants, de l'absence de participation de la SOCIETE MR. BRICOLAGE à leur capital et de l'absence, dans la Charte du réseau, de stipulation donnant au franchiseur le pouvoir de fixer les prix de vente aux consommateurs ;

Considérant, en troisième lieu, que, en ce qui concerne les magasins adhérents du réseau Le Club qui exercent leur activité sous l'enseigne « Les Briconautes », il ressort des termes de la décision attaquée que l'Autorité de la concurrence ne s'est pas fondée exclusivement sur la version la plus récente du contrat-type d'adhésion au réseau pour apprécier l'autonomie commerciale des magasins franchisés ; que c'est d'ailleurs à bon droit qu'elle a pris en compte cette dernière version, alors même qu'elle ne correspondait, à la date de la décision attaquée, qu'à un petit nombre de contrats d'adhérents, dès lors notamment que la SOCIETE MR. BRICOLAGE la lui avait d'abord seule communiquée et qu'elle lui avait indiqué qu'elle serait proposée aux adhérents en vue de la mise au point des futurs contrats ; qu'en relevant que les contrats entre les adhérents et Le Club prévoyaient, pour les premiers, l'obligation d'utiliser l'enseigne conformément aux directives de la tête de réseau, de participer à plusieurs opérations promotionnelles par an, durant lesquelles les produits doivent être mis en vente au prix indiqué sur les documents publicitaires fournis par Le Club, de référencer des lignes de produits Le Club et de respecter des clauses de préemption, de substitution et de préférence prévues au profit de la société Le Club en cas de cession du magasin en dehors du périmètre familial, et, pour Le Club, la faculté d'instituer un plafond de prix pour tout ou partie des produits, afin de garantir une certaine homogénéité dans l'ensemble du réseau, et en estimant que, alors même que toutes les clauses ne seraient pas respectées dans les faits, les franchisés du réseau Le Club exerçant leur activité sous l'enseigne « Les Briconautes » ne bénéficiaient pas d'une autonomie commerciale suffisante et devaient donc être pris en compte pour l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité, l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur d'appréciation, en dépit du statut juridique de commerçants indépendants des franchisés, de

N° 337533

- 5 -

l'absence de participation de la société Le Club à leur capital et de l'absence de stipulation, dans les contrats, donnant au franchiseur le pouvoir de fixer les prix de vente aux consommateurs ;

Considérant, en quatrième lieu, que, en ce qui concerne les adhérents au réseau Le Club qui exercent leur activité sans enseigne, l'Autorité de la concurrence a relevé, en se fondant sur l'avant-dernière version du contrat-type d'adhésion pour cette catégorie de franchisés, qu'ils étaient seulement soumis à l'obligation de participer à des campagnes promotionnelles du groupe et de respecter les prix plafonds que la société Le Club peut leur imposer pour tout ou partie des produits, et qu'ils étaient donc « relativement indépendants » ; qu'elle a cependant souligné que la nouvelle version du contrat-type d'adhésion emportait des obligations sensiblement plus contraignantes pour l'adhérent sans enseigne et resserrait ses liens avec la société Le Club ; qu'en déduisant de l'ensemble de ces constatations et d'une analyse prospective des effets probables de l'opération sur la place des différents adhérents dans le nouveau groupe, que les magasins adhérents sans enseigne devaient être pris en compte dans l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité, l'Autorité de la concurrence n'a entaché la décision attaquée d'aucune erreur d'appréciation ni d'aucune contradiction de motifs ;

Considérant, en dernier lieu, que le moyen tiré de ce que la décision contestée serait entachée d'une erreur de droit en ce que la prise en compte de tous les adhérents de la nouvelle entité pour déterminer son pouvoir de marché serait incompatible avec l'impossibilité pour celle-ci, au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, de déterminer la politique commerciale et tarifaire de ses adhérents et avec l'impossibilité pour les adhérents de coordonner leur politique commerciale ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE MR. BRICOLAGE et la SOCIETE BRIC'OLERON ne sont pas fondées à demander l'annulation de la décision qu'elles attaquent ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'Etat (Autorité de la concurrence), qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la SOCIETE MR. BRICOLAGE et par la SOCIETE BRIC'OLERON et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SOCIETE MR. BRICOLAGE et de la SOCIETE BRIC'OLERON, en application de ces mêmes dispositions, le versement, par chacune d'elles, d'une somme de 3 000 euros à l'Etat (Autorité de la concurrence) ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Les requêtes de la SOCIETE MR. BRICOLAGE et de la SOCIETE BRIC'OLERON sont rejetées.

N° 337533

- 6 -

Article 2 : La SOCIETE MR. BRICOLAGE et la SOCIETE BRIC'OLERON verseront une somme de 3 000 euros chacune à l'Etat (Autorité de la concurrence) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE MR. BRICOLAGE, à la SOCIETE BRIC'OLERON et à l'Autorité de la concurrence.

Une copie en sera adressée pour information à la société Passerelle.