N° 373065
Société Wienerberger

3e et 8e sous-sections réunies
Séance du 20 octobre 2014
Lecture du 5 novembre 2014

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

La société Bouyer-Leroux fabrique et commercialise principalement des briques de mur, des briques de cloison et des tuiles destinées, pour l'essentiel, au marché de la construction de maisons individuelles. Au début de l'année 2013, elle a notifié à l'Autorité de la concurrence un projet d'acquisition des actifs détenus par la société Imerys TC dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation des matériaux de structure (briques de mur et de cloison, conduits de fumée et accessoires associés). L'Autorité de la concurrence a soumis cette opération de concentration à l'examen approfondi prévu par les dispositions de l'article L. 430-6 du code de commerce. Au terme de cet examen, elle a décidé d'autoriser l'opération, sous réserve du respect d'un engagement pris par les parties à l'opération. Cette décision (n° 13-DCC-101) du 26 juillet 2013 est attaquée par la société Wienerberger, qui est un concurrent de la société Bouyer-Leroux.

Disons tout de suite, pour la bonne compréhension des moyens soulevés par la société Wienerberger, quelle a été, dans ses grandes lignes, l'analyse conduite par l'Autorité.

Compte tenu des particularités des marchés des matériaux de construction, liées notamment à leur caractère pondéreux qui rend très coûteux leur transport et à de fortes préférences locales qui peuvent s'exprimer pour un matériau plutôt que pour un autre, l'Autorité de la concurrence a retenu, entre autres, l'existence d'un marché de la brique de mur pour la construction de maisons individuelles limité à la région Aquitaine. C'est le seul marché sur lequel elle a identifié des risques d'effets anticoncurrentiels découlant de l'opération.

L'Autorité de la concurrence a estimé que ce marché présentait, avant même l'opération envisagée, une forte concentration de l'offre faisant douter, déjà, du caractère suffisant de la concurrence. Elle a relevé dans ce sens l'existence de marges importantes, une faible capacité de réaction des acheteurs et des coûts d'entrée élevés sur le marché. La société Imerys TC s'y trouvait en position dominante, avec une part de marché de l'ordre de 50 à 60 %. Elle était en effet la seule à disposer d'un site de production dans cette région, à Gironde-sur-Dropt (Gironde), environ 40 kilomètres au sud-est de Bordeaux, lui permettant de fournir ses clients à moindre coût. Ses concurrents opéraient depuis des sites situés soit dans la région Midi-Pyrénées (pour Terreal – 20 à 30 % de part de marché), soit dans la

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

région Pays-de-la-Loire (pour Bouyer-Leroux – 5 à 10 % de part de marché – et Wienerberger – environ 10 %).

L'Autorité de la concurrence a considéré que l'opération entraînerait des effets anticoncurrentiels horizontaux découlant du renforcement de la position détenue par Imerys TC sur le marché étudié. La nouvelle entité résultant du regroupement des activités de production et de commercialisation de briques de mur des sociétés Imerys TC et Bouyer-Leroux détiendrait en effet de 55 à 70 % de part de marché, faisant craindre, en l'absence de contre-pouvoirs significatifs de ses concurrents et de ses clients, une hausse des prix pratiqués.

L'Autorité a ensuite examiné les contributions au progrès économique que faisaient valoir les parties à la concentration et les a jugées insuffisantes.

Elle a enfin passé en revue les remèdes envisageables aux effets anticoncurrentiels identifiés. Elle a écarté la mesure d'ordre structurel qui aurait consisté à exiger de la nouvelle entité la cession d'un site de production, soit comme inadéquate s'agissant des sites de production situés en dehors de la région, soit comme disproportionnée s'agissant de l'unique site situé dans la région. L'Autorité a en revanche considéré comme satisfaisant un engagement d'ordre comportemental qui lui a été soumis par les parties à la concentration. La nouvelle entité s'est engagée à proposer à ses principaux concurrents, à savoir Terreal et Wienerberger, la conclusion pour cinq ans de contrats de fourniture de briques de mur à prix coûtant au départ de l'usine de Gironde-sur-Dropt, sans marque commerciale apposée, pour une quantité totale de 25 000 tonnes par an – ce volume correspond à celui des ventes de Bouyer-Leroux en Aquitaine avant la réalisation de la concentration. A défaut de conclusion d'un tel contrat par l'un de ses concurrents, la nouvelle entité doit en proposer les termes à un « super-grossiste ». Cet engagement a été souscrit pour une durée de cinq ans, renouvelable une fois, sa mise en œuvre étant placée sous le contrôle d'un mandataire indépendant.

1. La société Wienerberger présente à l'encontre de la décision attaquée trois moyens de légalité externe, sur lesquels il nous semble permis de passer rapidement.

1.1. En premier lieu, elle soutient que la décision de l'Autorité est intervenue en méconnaissance du deuxième alinéa de l'article L. 430-6 du code de commerce.

Cet alinéa renvoie à différentes dispositions du chapitre III du code de commerce relatif à la procédure applicable aux décisions de l'Autorité de la concurrence. Celles-ci prévoient que le rapport du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint est notifié aux parties et que le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint ainsi que le commissaire du gouvernement peuvent présenter des observations lors de la séance que tient le collège de l'Autorité. La requérante fait valoir que l'un des objets du rapport, selon les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, est de procéder à l'analyse des remèdes aux effets anticoncurrentiels de l'opération, notamment à celle des engagements proposés par les parties. Elle ajoute que la séance au cours de laquelle l'Autorité a examiné l'opération s'est tenue le 4 juillet 2013 et que les nouveaux engagements présentés par les parties à l'opération entre le 18 et le 25 juillet, dont l'Autorité a accepté l'ultime version, n'ont fait l'objet d'aucun rapport de la part des services d'instruction de l'Autorité ni d'aucune séance.

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

Contrairement à la société requérante, nous ne voyons dans ces circonstances aucune irrégularité. Elle voudrait vous faire juger que tout nouvel engagement proposé par les parties à l'opération doit, avant d'être accepté par l'Autorité, faire l'objet d'un rapport de ses services d'instruction et donner lieu à la tenue de la séance mentionnée à l'article L. 463-7 du code de commerce. Mais rien dans les textes invoqués ne l'implique. Certes en l'espèce, comme le soutient Wienerberger, les engagements présentés à l'Autorité dans la phase finale d'examen de l'opération étaient d'une nature très différente de ceux proposés initialement, avant l'ouverture de la phase d'examen approfondi. Certes encore, en application de l'article L. 430-7, l'Autorité de la concurrence disposait, du fait de la présentation de ces engagements, d'un délai supplémentaire de 20 jours ouvrés pour rendre sa décision[1]. Pour autant, si le collège de l'Autorité aurait pu utiliser ce laps de temps supplémentaire pour demander à ses services un complément d'instruction voire organiser une nouvelle séance pour débattre de la pertinence des nouveaux engagements, rien ne l'obligeait à procéder ainsi. L'analogie que Wienerberger tente d'établir avec votre jurisprudence relative à la saisine pour avis des organismes consultatifs ne nous paraît pas du tout convaincante.

Vous écarterez ce premier moyen.

1.2. En deuxième lieu, la société Wienerberger soutient que la décision contestée n'a pas été délibérée collégialement.

C'est un moyen que votre assemblée du contentieux connaît bien puisqu'elle s'est prononcée à deux reprises sur des moyens similaires ces deux dernières années (nous faisons référence aux affaires « *Canal Plus II* » et « *Canal Plus III* » : CE assemblée, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, 363542, 363703, au Recueil p. 447, point 24 ; CE assemblée, 23 décembre 2013, Sociétés M6 et TF1, n° 363702, 363719, au Recueil, points 4 à 8). Ce moyen consiste à soutenir que l'Autorité n'a pas procédé à un examen collégial de l'ultime version de l'engagement que lui ont soumise les parties à l'opération, transmise le 25 juillet 2013, avant l'adoption de sa décision le lendemain 26 juillet. En l'espèce, vous pourrez écarter le moyen sans difficulté comme manquant en fait. Il ressort en effet des pièces du dossier, notamment du courriel de convocation, des attestations de deux membres du collège et du procès-verbal de séance produits par l'Autorité en défense que les membres de la formation du collège qui a été saisie de l'opération se sont réunis de nouveau le 25 juillet pour statuer sur l'engagement présenté.

1.3. En troisième lieu, la société Wienerberger soutient que la décision contestée a été adoptée en méconnaissance du principe général des droits de la défense.

Elle se plaint de n'avoir pu faire valoir ses observations sur l'engagement finalement retenu par l'Autorité dans la décision attaquée alors qu'elle est nommément désignée comme l'une des entreprises auxquelles la nouvelle entité s'engage à proposer la conclusion d'un contrat de fourniture de briques et qu'elle est donc directement visée par cet engagement. Elle invoque à l'appui de ce moyen votre décision de section *Société Interbrew France* du 9 avril 1999 (n° 191654, au Recueil p. 117).

[1] Voyez sur ce point votre décision « *Canal Plus III* » : CE assemblée, 23 décembre 2013, Sociétés M6 et TF1, n° 363702, 363719, au Recueil, point 3.

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

Cette argumentation est bien peu convaincante. Dans l'affaire *Interbrew* était en cause une décision d'autorisation d'une concentration qui comportait une mesure corrective consistant en un engagement de cession d'actifs dont il était prévu que certaines entreprises concurrentes nommément désignées, dont la société Interbrew, ne pourraient se porter acquéreuses. Vous avez jugé qu'une telle décision ne pouvait régulièrement intervenir sans qu'au préalable cette société, bien qu'elle ne fût pas une partie à l'opération, ait été mise en mesure, en application du principe général des droits de la défense, de présenter ses observations. C'est qu'en effet, la décision avait pour effet de priver Interbrew d'un droit, celui de se porter candidate au rachat des actifs qui devaient être cédés. La configuration est ici très différente puisque la décision prise est sans incidence sur les droits de Wienerberger. L'engagement qu'elle reprend, au contraire, lui offre une opportunité.

Wienerberger doit n'être elle-même qu'à moitié convaincue par le moyen qu'elle soulève. En effet elle n'argumente pas tant sur le terrain de l'atteinte à ses droits que sur celui de la nécessité, pour l'Autorité, de recueillir au préalable les observations des concurrents auxquels l'engagement s'adressait, afin de pouvoir en apprécier correctement la pertinence. Mais c'est une chose de dire que recueillir les observations de Wienerberger aurait été utile – et cette discussion rejoint au fond celle que nous allons examiner dans quelques instants, relative au caractère suffisant de l'engagement. Tout autre chose est d'affirmer que les droits de la défense ont été méconnus.

2. Les moyens de légalité interne soulevés par Wienerberger sont plus intéressants. Ils peuvent être regroupés en deux ensembles.

2.1. Wienerberger critique tout d'abord, sur un point précis, l'analyse concurrentielle effectuée par l'Autorité de la concurrence.

Celle-ci a considéré que l'opération était susceptible, *a priori*, de produire des effets anticoncurrentiels de type horizontal et congloméral. Au terme de son analyse, elle a estimé que l'opération aurait des effets anticoncurrentiels horizontaux unilatéraux ; en revanche, elle n'a pas retenu d'effets anticoncurrentiels horizontaux coordonnés, ni d'effets anticoncurrentiels conglomeraux. La requérante critique le raisonnement tenu pour aboutir à la conclusion que l'opération n'aurait pas d'effets horizontaux coordonnés.

Une opération de concentration peut avoir des effets coordonnés lorsqu'elle facilite la coordination des comportements sur le marché concerné – on parle aussi de position dominante collective. Cela peut se produire notamment sur un marché oligopolistique comme celui en cause en l'espèce, lorsque chaque membre de l'oligopole considère préférable d'adopter tacitement – donc sans accord exprès ni concertation préalable – un même comportement sur le marché, dans le but de vendre au-dessus des prix qui résulteraient du jeu normal de la concurrence. C'est un cas de figure auquel vous avez été confronté dans l'affaire *Fiducial* (CE 31 juillet 2009, Société Fiducial Audit, n° 305903, au Recueil p. 313). Prenant appui sur la jurisprudence *Airtours* du tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI, 6 juin 2002, Airtours plc, aff. T-342/99), vous avez jugé que « l'identification d'une (…) position dominante collective suppose que, compte tenu des différents indices et éléments de preuve qui peuvent être relevés, il apparaisse que chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous et que les

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

réactions prévisibles des consommateurs et concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite ». Vous avez ainsi, dans cette décision – et c'est ce qui lui a valu d'être publiée au Recueil, repris les trois critères que la doctrine spécialisée désigne sous le nom de « test *Airtours* ». Selon la terminologie utilisée par l'Autorité de la concurrence dans ses lignes directrices[2], il s'agit du critère de « détection », du critère de « dissuasion » et du critère de « non-contestation ».

L'Autorité a exposé ce cadre d'analyse dans sa décision. Toutefois, elle n'a pas jugé nécessaire de se pencher sur chacun des trois critères car elle a estimé que plusieurs caractéristiques du marché rendaient en tout état de cause peu probable la possibilité d'une coordination tacite : l'asymétrie des parts de marché entre les acteurs de l'offre, les différences dans la structure de leurs coûts et l'existence d'innovations.

La société Wienerberger critique cette analyse sur plusieurs points.

2.1.1. Elle fait valoir tout d'abord que le critère de « détection » serait d'autant plus facilement rempli que l'engagement accepté par l'Autorité accroît la transparence du marché en conduisant la nouvelle entité à révéler à ses concurrents ses coûts de production au départ de son usine de Gironde-sur-Dropt. Cette critique n'est pas sérieuse : comme le fait valoir l'Autorité de la concurrence en défense, il lui appartenait seulement, au stade de l'analyse concurrentielle, de caractériser les risques induits par l'opération à partir de l'état du marché qui résulterait de cette opération, indépendamment d'éventuelles mesures correctrices. Dirigée contre l'analyse concurrentielle, la critique est inopérante – mais on la retrouvera un peu plus loin, dirigée cette fois, de manière plus pertinente, contre le remède prescrit par l'Autorité.

2.1.2. La société Wienerberger conteste également l'appréciation selon laquelle les concurrents restant en présence sur le marché après l'opération présenteraient des structures de coûts différentes. D'après elle, la circonstance que les deux concurrents de la nouvelle entité n'ont pas d'usine dans la région ne suffit pas à caractériser une asymétrie suffisante de leurs coûts. Toutefois, d'une part, il ressort avec netteté de l'analyse concurrentielle de l'Autorité que les coûts de transport représentent une part importante dans l'ensemble des coûts exposés pour la fabrication et la commercialisation des briques de mur[3] – et cet élément central de son analyse n'est pas contesté par Wienerberger. Il s'en déduit, nécessairement, que la disposition sur place d'un site de production implique des structures de coût différentes. D'autre part, l'Autorité de la concurrence souligne les différences de taille et d'implantation entre les trois acteurs restants du marché. Si la société Bouyer-Leroux qui contrôle la nouvelle entité se retrouve en position nettement dominante sur le marché aquitain, sa position est beaucoup moins forte à l'échelle nationale et elle n'a pas d'implantation à l'international ; au contraire, Terreal contrôle des sites de production aux Etats-Unis, en Italie, en Espagne et en Malaisie… et quant à Wienerberger, c'est tout simplement le n° 1 mondial de la brique de mur. Ces dissemblances nous paraissent rendre effectivement improbable un risque de coordination de ces trois acteurs : il y a peu de chances que Terreal et Wienerberger déterminent leurs stratégies commerciales en fonction de la situation sur le marché aquitain.

2.1.3. La société requérante discute aussi l'appréciation de l'Autorité selon laquelle le marché analysé serait le théâtre de nombreuses innovations. Elle insiste sur la circonstance

[2] Lignes directrices adoptées en juillet 2013, points 505 et suivants.
[3] Voir notamment les paragraphes 35, 46 et 96 de la décision attaquée.

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

que les innovations en question – en matière d'isolation thermique principalement – seraient le fait d'évolutions plutôt que de ruptures technologiques et qu'elles pourraient aisément faire l'objet d'un rattrapage. Mais cela ne nous paraît pas suffisant pour remettre en cause l'appréciation de l'Autorité. L'existence d'innovations de produits sur le marché des briques de mur n'est pas sérieusement contestée par Wienerberger et c'est tout ce qui importait. Ces innovations rendent précaires les positions acquises sur ce marché et donc peu vraisemblable l'émergence d'une coordination implicite.

2.1.4. Enfin, la société Wienerberger soutient que l'Autorité de la concurrence a commis une erreur de droit en s'abstenant de vérifier chacun des critères de « détection », de « dissuasion » et de « non-contestation » avant de conclure à l'absence de risque d'effets coordonnés.

Cette argumentation est intéressante car elle vous donne l'occasion de préciser la manière dont il convient d'apprécier un tel risque.

Postérieurement à l'arrêt *Airtours* du Tribunal de première instance, qui avait fait l'objet de critiques de la part de la doctrine[4], la Cour de justice de l'Union européenne est intervenue sur ce sujet à l'occasion d'une affaire *Bertelsmann* (CJCE 10 juillet 2008, Bertelsmann AG et autres, aff. C-413/06 P). Saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt dans lequel le TPI avait de nouveau fait application du « *test Airtours* »[5], la Cour, sans remettre en cause les trois critères dégagés par le Tribunal (point 124), lui a tout de même adressé un avertissement. Elle a censuré en effet l'arrêt attaqué pour erreur de droit en reprochant au Tribunal de n'avoir pas effectué son analyse à partir d'une « théorie plausible de coordination tacite » (point 130). Dans les considérants généraux qu'elle consacre à la notion de position dominante collective, qu'il s'agisse de la détection d'une position existante ou de l'évaluation du risque de création ou de renforcement d'une telle position, la Cour estime qu'avant toute chose, il faut s'interroger sur sa probabilité, laquelle est « plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination » (point 123). Par suite, elle insiste sur l'idée qu'il faut « éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun [des critères *Airtours*] pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite » (point 125).

Il nous semble que vous pourrez faire vôtre la position de la Cour de justice. Dans l'affaire « *Canal Plus II* » précitée – qui ne portait pas spécifiquement, précisons-le, sur la question de l'identification d'une position dominante collective, votre assemblée du contentieux a jugé qu'il appartient à l'Autorité de la concurrence, de manière générale, de caractériser les risques concurrentiels de l'opération soumise à autorisation « à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble des données pertinentes et se fondant sur un scénario économique plausible » (point 95). La Cour de justice, s'agissant du risque particulier consistant en l'apparition ou le renforcement d'une position dominante collective, n'a au fond rien dit d'autre.

[4] Sur ces critiques, voir les conclusions d'E. Glaser sur la décision *Fiducial*, publiées à la Revue juridique de l'économie publique, n° 670 (décembre 2009), pp. 7 à 16, point 6.1.
[5] TPICE 13 juillet 2006, Impala c/ Commission, aff. T-464/04.

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

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence s'est parfaitement inscrite dans ce cadre. Elle ne s'est pas penchée sur chacun des critères du « test *Airtours* » parce qu'en amont, elle n'a identifié aucun scénario plausible de coordination tacite sur le marché considéré, en raison des dissemblances entre les acteurs et de l'existence de nombreuses innovations. Ce raisonnement, contrairement à ce que soutient la société Wienerberger, n'est entaché d'aucune erreur de droit.

2.2. Wienerberger critique enfin l'engagement accepté par l'Autorité de la concurrence pour autoriser l'opération de concentration. Selon elle, le remède serait insuffisant et même, à plusieurs égards, pire que le mal.

Le cadre de votre contrôle a été précisé en dernier lieu par la décision d'assemblée « *Canal Plus III* » (précitée). Vous jugez qu'il incombe à l'Autorité de la concurrence d'user de son pouvoir de subordination de son autorisation à la réalisation effective d'engagements pris devant elle par les parties « à proportion de ce qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés affectés par l'opération ». L'Autorité n'est pas tenue, lorsqu'elle identifie un effet anticoncurrentiel, d'adopter des mesures de nature à le supprimer intégralement mais ces mesures doivent permettre d'assurer le maintien d'une concurrence « suffisante » (point 9). Elle doit n'accepter des engagements que s'ils sont suffisamment certains et mesurables pour garantir que les effets anticoncurrentiels qu'ils ont pour finalité de prévenir ne seront pas susceptibles de se produire dans un avenir relativement proche (point 10). Vous jugez encore qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une critique tirée de ce que les engagements acceptés par l'Autorité seraient à cet égard insuffisants, de rechercher si ces engagements étaient de nature à prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération – et il s'agit d'un contrôle entier (point 18).

Précisons aussi, puisque les parties tentent, chacune à leur avantage, de vous entraîner sur ce terrain, que la manière dont les engagements sont effectivement appliqués, à la date à laquelle vous vous prononcez, est sans incidence sur l'appréciation que vous devez porter, en tant que juge de l'excès de pouvoir, sur leur caractère suffisant. Les conditions concrètes dans lesquelles un engagement est mis en œuvre peuvent mettre en lumière d'éventuelles lacunes de cet engagement mais celles-ci doivent apparaître à la date de la décision attaquée.

2.2.1. La société Wienerberger soutient tout d'abord que l'engagement retenu par l'Autorité implique l'échange d'informations sensibles sur un marché oligopolistique.

On retrouve ici la critique dont nous avons esquissé la teneur plus haut (cf. point 2.1.1.). Wienerberger reproche à l'engagement souscrit de conduire la nouvelle entité à révéler à ses concurrents ses coûts de production au départ de son usine de Gironde-sur-Dropt. En conséquence, il favoriserait leur coordination et produirait ainsi un effet anticoncurrentiel. A l'appui de son argumentation, Wienerberger mentionne l'arrêt *T-Mobile Netherlands* de la Cour de justice (CJUE 4 juin 2009, aff. C-8/08). Dans cet arrêt, la Cour a rappelé que sur un marché oligopolistique fortement concentré, l'échange d'informations est de nature à permettre aux entreprises de connaître les positions sur le marché ainsi que la stratégie commerciale de leurs concurrents et, de ce fait, à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques (point 34). Elle a ajouté que l'échange d'informations entre concurrents est donc susceptible d'être contraire aux règles de la concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause avec comme conséquence une restriction de la concurrence entre entreprises

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

(point 35). Elle n'a pas exclu que, dans certaines configurations de marché, une violation des règles de concurrence puisse résulter d'un unique échange d'informations entre concurrents (point 59).

L'argumentation présentée sur ce terrain par la société Wienerberger ne nous convainc pas, essentiellement pour deux raisons, que font valoir les défendeurs. Premièrement, parce que n'est pas en cause ici un mécanisme d'échange d'informations mais la communication unilatérale d'une unique information par un des acteurs du marché. Relevons d'ailleurs, à ce propos, que les termes de l'engagement n'impliquent pas la communication du coût de départ usine des briques produites à Gironde-sur-Dropt à l'ensemble des concurrents de la nouvelle entité mais seulement à celui ou ceux d'entre eux qui concluent avec elle un contrat de fourniture de briques. Deuxièmement et surtout, cette information ne nous paraît pas de nature à réduire significativement l'incertitude quant au comportement des entreprises intervenant sur le marché. Comme nous l'avons dit tout à l'heure, les coûts de production ne constituent qu'une fraction des coûts totaux exposés par les producteurs de briques – s'y ajoutent des coûts de stockage et de logistique, des coûts de commercialisation et surtout d'importants coûts de transport. La seule révélation des coûts de fabrication départ usine de la nouvelle entité n'est donc pas un élément déterminant qui renseignerait ses concurrents sur la stratégie commerciale qu'elle poursuit, notamment sur la marge qu'elle réalise en fixant les prix proposés à ses clients.

2.2.2. La société Wienerberger critique ensuite à divers égards le caractère insuffisant de l'engagement retenu par l'Autorité.

Revenons un instant, avant d'examiner ces ultimes critiques formulées par la requête, sur l'effet anticoncurrentiel identifié par l'Autorité et le scénario qu'elle a envisagé pour y remédier. L'Autorité a retenu l'existence d'effets anticoncurrentiels horizontaux : en raison de la très forte position occupée par la nouvelle entité du côté de l'offre sur le marché considéré, l'Autorité a craint que celle-ci ne pousse les prix à la hausse, sans que ses clients puissent s'y opposer efficacement, ni ses concurrents, faute pour eux de disposer de sites de production suffisamment proches leur permettant de rivaliser avec ses coûts. Pour maintenir une animation concurrentielle, donc une pression à la baisse sur les prix pratiqués, l'Autorité a considéré que la mise à la disposition des concurrents de la nouvelle entité, annuellement, d'un volume de 25 000 tonnes de briques à prix coûtant constituait une mesure adaptée. L'Autorité a également estimé que cette mesure offrait à ces concurrents l'opportunité de développer leur réseau commercial sur le marché aquitain, de faire connaître davantage leurs propres produits et d'envisager plus facilement le développement d'un site de production local.

• Wienerberger reproche tout d'abord à l'engagement d'être insuffisant, en tout état de cause, dans la mesure où la commercialisation d'un volume de 25 000 tonnes de briques sur un marché local ne permet pas d'y envisager un investissement dans de nouvelles capacités de production.

La société fait valoir que, compte tenu des coûts fixes inhérents au fonctionnement d'une briqueterie, un tel investissement ne serait justifié pour un producteur que s'il avait la perspective d'écouler 75 000 tonnes de briques chaque année – trois fois plus. Cette argumentation ne nous convainc pas. Précisons d'abord que ce « droit de tirage » de 25 000 tonnes de briques a été fixé par référence à ce qu'était la part de marché de la société

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

Bouyer-Leroux avant la réalisation de l'opération. Il représente donc le pouvoir de marché concurrençant la position dominante déjà occupée par Imerys TC qui disparaît du fait de l'opération. L'engagement revient donc à recréer une capacité concurrentielle équivalente à celle détruite par l'opération pour la remettre entre les mains des concurrents subsistant sur le marché. Il nous paraît donc bien de nature, à cet égard, à neutraliser l'effet anticoncurrentiel identifié, en maintenant une pression sur les prix.

La circonstance que le volume de briques sur lequel porte l'engagement serait insuffisant pour garantir que les concurrents de la nouvelle entité développent des capacités locales de production nous paraît indifférente. Certes, il est clair pour tout le monde que seule l'implantation en Aquitaine d'un site de production par un concurrent de la nouvelle entité est de nature, à moyen terme, à raviver la concurrence sur ce marché. Mais, en premier lieu, comme nous l'avons dit tout à l'heure, l'Autorité a seulement pour mission de combattre les effets anticoncurrentiels propres de l'opération soumise à notification, dans la mesure qu'exige le maintien d'une concurrence suffisante. Elle ne peut poursuivre un objectif de restauration d'un niveau de concurrence supérieur à celui constaté avant l'opération. En deuxième lieu, l'argumentation de Wienerberger revient peu ou prou à exiger de l'Autorité qu'elle crée les conditions permettant aux concurrents de la nouvelle entité d'investir sans risque dans de nouvelles capacités de production, une fois le marché commercialement conquis. C'est évidemment très excessif. En troisième lieu, comme la société Bouyer-Leroux le relève avec pertinence en défense, la pression concurrentielle représentée par les 25 000 tonnes de briques qui sont mis à la disposition des concurrents de la nouvelle entité est nettement plus forte que celle que Bouyer-Leroux exerçait antérieurement sur le marché puisqu'ils bénéficient du prix de revient au départ de l'usine de Gironde-sur-Dropt, alors que Bouyer-Leroux était handicapée par l'éloignement de ses sites de production vendéen et ligérien.

Bref, l'engagement retenu nous paraît correctement dimensionné pour maintenir sur sa durée, c'est-à-dire cinq ans renouvelable une fois, une pression concurrentielle sur les prix, ce qui était l'objectif premier recherché par l'Autorité de la concurrence. Et à cette échéance, le scénario « idéal » envisagé par l'Autorité, consistant dans le développement de capacités de production locales par un des concurrents de la nouvelle entité ne nous semble pas, contrairement à ce que soutient Wienerberger, dénué de crédibilité. Nous croyons, pour reprendre les termes de votre décision d'assemblée, que l'engagement est de nature, d'un point de vue quantitatif, à garantir que les effets anticoncurrentiels identifiés ne se produiront pas « dans un avenir relativement proche ».

• Wienerberger soutient également que l'engagement souffre, d'un point de vue qualitatif cette fois, d'une faille majeure, qui tient à ce que les briques proposées aux concurrents de la nouvelle entité seront reconnues, même par un client moyennement avisé, comme des produits fabriqués par elle.

Wienerberger fait valoir que, alors même que les briques doivent être fournies sans marque commerciale, ces produits sont dotés, d'un producteur à l'autre, d'une identité visuelle nettement distincte. De sorte que même un œil non exercé peut identifier quel est le fabricant d'une brique « démarquée ». L'engagement tendrait donc à transformer les concurrents de la nouvelle entité en fournisseurs de ses produits, juxtaposant une relation de distribution à une relation de concurrence. Au final, il n'aboutirait qu'à renforcer la notoriété

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

de la nouvelle entité et n'inciterait nullement ses concurrents à développer leur propre offre de produits.

Nous admettons qu'effectivement, au vu des documents produits, il y a brique et brique… Les produits des uns et des autres se distinguent, ne serait-ce que par leurs dimensions. Les éléments de fait sur lesquels Wienerberger fait reposer son argumentation ne sont, au demeurant, pas contestés en défense. Pour autant, cette argumentation nous paraît insuffisante pour remettre en cause la pertinence de l'engagement. Encore une fois, l'objectif premier de l'Autorité de la concurrence était de maintenir une pression concurrentielle sur les prix. Cet objectif est rempli par l'engagement puisque, dans la mesure des quantités qu'il prévoit, il rétablit l'égalité des armes, du point de vue des coûts de production et de transport, entre la nouvelle entité et ses concurrents, alors même qu'ils ne disposent pas de capacités de production sur place.

Et au-delà de cet objectif premier, la circonstance que les briques fournies dans le cadre de l'engagement soient reconnaissables ne nous paraît pas de nature à rendre irréaliste le scénario « idéal » envisagé par l'Autorité – c'est-à-dire le développement de capacités locales de production par un concurrent. Cet engagement permet effectivement aux concurrents de la nouvelle entité de mettre en place leurs propres canaux de distribution en Aquitaine et de nouer des relations avec de nouveaux clients – la décision de l'Autorité insiste sur l'importance, dans les marchés de matériaux de construction, des contacts entre fabricants d'une part, négociants et constructeurs d'autre part[6]. Il s'agit en fait d'abaisser l'une des barrières à l'entrée sur le marché pour le rendre plus facilement contestable. Bien évidemment, cela ne suffit pas à garantir qu'un nouveau concurrent développera effectivement ses propres capacités de production locales. Et si les concurrents de la nouvelle entité se contentent de profiter, le temps qu'ils durent, des effets favorables de l'engagement en termes de coûts, sans envisager sérieusement de s'implanter sur place, alors effectivement il n'aura pas d'effets positifs, à terme, sur le maintien de la concurrence. Mais il appartient seulement à l'Autorité de la concurrence de créer les conditions permettant à la concurrence de s'exprimer, et cette concurrence peut être potentielle[7].

• Les autres critiques soulevées par Wienerberger quant à la teneur de l'engagement sont plus ponctuelles – et nous paraissent devoir être écartées.

La requérante critique aussi la solution « de second rang » retenue par l'engagement, consistant à céder les briques à un acteur qualifié de « super-grossiste », à défaut de conclusion d'un contrat de fourniture avec un concurrent direct de la nouvelle entité. Mais cette critique ne nous semble pas fondée : même si les briques sont achetées et écoulées par ce « super-grossiste », l'engagement prive la nouvelle entité d'une partie de son pouvoir de marché, du moins à court terme, et rétablit une concurrence sur les marges, assurant un minimum d'animation concurrentielle sur le marché.

Wienerberger souligne par ailleurs que seuls deux concurrents nommément désignés sont concernés par l'engagement, Terreal et elle-même, ce qui ne permettrait pas à d'autres d'en profiter. Mais ce n'est pas ainsi, semble-t-il, que les parties à l'opération et l'Autorité de la concurrence lisent cet engagement. Quelle que soit l'interprétation qu'il faut en faire,

[6] Cf. notamment le paragraphe 176 de la décision attaquée.
[7] Pour un cas de figure quelque peu similaire, cf. la décision « *Canal Plus II* », précitée, point 148.

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

l'objection tombe en tout état de cause puisque la solution de repli consistant à fournir les briques au « super-grossiste » est elle aussi efficace.

Wienerberger fait encore valoir que les contrats de fourniture des briques prévus par l'engagement pourraient être signés à titre « purement défensif » par les concurrents, sans contenir aucun engagement de commande ferme de leur part. L'engagement serait formellement respecté, sans qu'il soit besoin de recourir au « super-grossiste », mais il ne produirait aucun effet. Nous ne sommes pas d'accord avec cette analyse compte tenu de ce que nous avons dit tout à l'heure : même « purement défensifs », ces contrats replacent les concurrents de la nouvelle entité sur un pied d'égalité avec elle et leur donnent les moyens de la concurrencer efficacement. Même si cette concurrence n'est que potentielle, elle est de nature à produire les effets recherchés. Et en tout état de cause, l'Autorité de la concurrence attire votre attention sur le point 16 de l'engagement, qui met à la charge des cocontractants de la nouvelle entité une obligation d'enlèvement chaque mois d'un volume d'au moins un millier de tonnes de briques. L'engagement implique donc bien un volume d'achat minimal.

Enfin Wienerberger met en avant le point 6 de l'engagement, dont il résulte que les modèles de briques fournis par la nouvelle entité dans le cadre de l'engagement seront ceux figurant à son catalogue et produits sur le site de Gironde-sur-Dropt, à l'exclusion toutefois des « produits innovants », qui ne seront disponibles que passé un délai de deux ans suivant leur première commercialisation. Wienerberger soutient qu'il sera facile pour la nouvelle entité d'inscrire un grand nombre de produits innovants à son catalogue et ainsi de faire échec à l'engagement. Mais nous doutons beaucoup de la vraisemblance de ce scénario qui consisterait pour la nouvelle entité à faire sortir de son catalogue un grand nombre de références auxquelles ses clients sont habitués. En outre l'engagement contient une définition objective du « produit innovant » qui nous paraît faire échec à la tentative de contournement de l'engagement envisagée par Wienerberger. Enfin si un tel contournement se produisait, l'Autorité de la concurrence ne serait pas désarmée pour y remédier puisque votre jurisprudence l'autorise à sanctionner des comportements ayant pour effet de vider un engagement de sa substance (voyez sur ce point votre décision d'assemblée « *Canal Plus I* » : CE assemblée, 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus, n° 353856, au Recueil p. 431, point 29).

Par ces motifs nous concluons :

- au rejet de la requête ;
- et à ce qu'une somme globale de 9 000 euros soit mise à la charge de la société Wienerberger au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, au bénéfice, à parts égales, de l'Autorité de la concurrence, de la société Bouyer-Leroux et de la société Imerys TC.

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