

Le Bulletin de L'ILLEC

Ceci n'est pas une newsletter

La concurrence et les réseaux de distributeurs (II)

SOMMAIRE

REVENDECTION DE SPÉCIFICITÉ

Entretien avec Guy Leclerc
page 1

INGÉRENCE ÉTATIQUE

Entretien avec Marie Malaurie Vignal
page 4

La prochaine livraison du *Bulletin*
traitera du risque.

Revendication de spécificité

Confusion du local et du national pour juger de la concurrence, ignorance des politiques d'enseigne en matière de prix, méconnaissance du mode d'organisation des réseaux coopératifs... Le Commerce associé a accueilli fraîchement l'avis de l'Autorité de la concurrence sur les relations entre magasins et réseaux. Mais le dialogue s'est amorcé.

Entretien avec Guy Leclerc, président de la Fédération du commerce associé (FCA)

■ *Comment expliquez-vous son auto-saisine par l'AdlC, sur les contrats d'affiliation commerciale ?*

Guy Leclerc : Nous comprenons que certains ressentent le besoin d'examiner de près le secteur de la grande distribution. C'est un secteur où les enjeux sont aussi politiques. Les arbitrages des consommateurs y sont quotidiens, selon leur pouvoir d'achat. L'avis de l'Autorité de la concurrence a le mérite d'ouvrir le débat. Pourtant, nous avons été surpris par la noirceur des constats. Il faut éviter une présentation trop manichéenne. Et l'on ne peut que regretter le manque de contradictoire au moment de la rédaction de cet avis.

■ *Quelle est votre opinion sur les études Asterop et UFC citées dans l'avis, et les conclusions qu'en tire l'AdlC ?*

G. L. : Nous ne partageons pas le postulat de l'Autorité sur la trop forte concentration du secteur alimentaire en France. Nous trouvons ce diagnostic trop alarmiste, et parfois contradictoire : l'avis se fonde sur des études dont la méthode peut être mise en doute, comme d'ailleurs l'utilisation qu'en fait l'Autorité de la concurrence. Celle-ci se réfère en effet à la méthode d'analyse des zones de chalandise utilisée par l'UFC-Que choisir en 2008, mais elle décide de ne pas la retenir, pour diverses raisons ; elle en construit une qui n'a été soumise à aucun examen contradictoire et n'apporte pas plus de garanties que celles qui ont été écartées. Malgré cette incertitude méthodologique, l'Autorité n'hésite pas à afficher des résultats spectaculaires. Selon elle, 43 % des zones de chalandise seraient trop concentrées pour le segment des hypermarchés,

(suite page 2)

>>

Nota bene

Nous poursuivons dans la présente livraison la réflexion commencée dans le *Bulletin de l'Ilec* n° 420, autour de l'avis publié le 7 décembre 2010 par l'Autorité de la concurrence. Sous le titre « *Enquête sectorielle, grande distribution alimentaire* », elle s'inquiétait du niveau de concentration des zones de chalandise, des freins à la création de magasins, des pratiques relatives au foncier commercial, et prônait des mesures radicales visant à « *favoriser la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes* ».

Après le point de vue d'Étienne Pfister, rapporteur général adjoint de l'Autorité de la concurrence, celui, radicalement opposé, de Michel-Edouard Leclerc, coprésident de l'association des centres Leclerc ACDlec, et de Délila Allam, économiste des organisations, nous publions les contributions de Guy Leclerc, président de la Fédération du commerce associé, et de Marie Malaurie Vignal, professeur de droit, spécialiste des réseaux.

Tous sont à lire au vu d'un développement nouveau : dans un projet de loi sur « *les droits, la protection et l'information des consommateurs* »¹, que le gouvernement a adopté le 1^{er} juin, le premier article fait suite à l'avis de l'AdIC et concerne les réseaux d'indépendants. Il vise à « *encadrer les relations contractuelles entre le magasin indépendant et l'enseigne afin de faciliter les changements d'enseigne* ». Les moyens proposés consistent à limiter la durée des contrats d'affiliation (en instaurant un maximum légal de dix ans) et des clauses post-contractuelles de non-concurrence, et à formaliser les relations établies dans un « *document unique* » soumis à certaines modalités : accord cadre précis, interdiction de reconduction tacite des contrats, délai de préavis obligatoire avant résiliation.

La mise en perspective des contributions à ces deux *Bulletins* ayant fait l'objet de l'éditorial de la précédente livraison, le présent numéro n'en comporte donc pas.

F. E.

1. www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/exp_%20consommateurs.html pour l'exposé des motifs, www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/pl_consommateurs.html pour le projet et www.minefe.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/100601-projet-de-loi-dpic.pdf pour le dossier de presse.

>>

20 % pour les supermarchés, 87 % pour les commerces alimentaires de proximité. Et les chiffres sous-estiment l'ampleur des problèmes de concentration locale, pour les hypermarchés et pour la proximité. Ce diagnostic conclut à une concentration excessive dans la majorité des zones de chalandise, alors que la concentration nationale n'est pas spécialement élevée.

Cela résulte d'une conception très extensive du seuil à partir duquel une zone de chalandise est considérée comme trop concentrée, donc problématique du point de vue de la concurrence. Elle consiste à affirmer qu'il y a concentration excessive même lorsque quatre acteurs sont présents dans une zone de chalandise, alors qu'il n'y a que six enseignes nationales et que toutes ne sont pas présentes dans tous les segments ! A propos des hypermarchés, la perception très négative des zones à trois ou quatre enseignes par l'Autorité révèle une divergence d'approche avec l'étude de l'UFC. Celle-ci considère que la concurrence commence lorsqu'il y a compétition frontale entre deux hypermarchés proches, le consommateur privilégiant le temps d'accès puis le niveau des prix, alors que l'Autorité affirme que la concurrence s'exerce entre hypermarchés même lointains (rayon de 25 km) et n'est effective que s'il y a plus de quatre enseignes dans la zone. Elle considère donc que le consommateur est prêt à se déplacer assez loin pour obtenir un gain financier incertain ou modeste. Son avis s'appuie sur un diagnostic hâtif et fragile. La méthode utilisée en contrôle des concentrations, pour les besoins d'une analyse prospective, est inadaptée à la définition des zones de chalandise et à la description de leur dynamique concurrentielle. Le nombre des zones posant des problèmes de concurrence locaux est largement

surévalué. Les études citées sont peu pertinentes ou peu conclusives, ou, au contraire, lorsqu'elles sont conclusives et convergentes, comme sur le rôle de la proximité et l'influence des politiques d'enseigne, l'avis n'en tient aucun compte.

■ *Avez-vous des remarques sur l'analyse économique de l'étude ?*

G. L. : Tout en prétendant que les zones qui présentent une concentration élevée, y compris celles à trois ou quatre enseignes, sont par principe caractérisées par une faible concurrence, l'Autorité ne présente pas d'éléments empiriques soutenant son raisonnement. Elle a totalement omis de procéder à l'étude du lien entre la concentration locale et le niveau des prix. L'avis est incapable de dire si le niveau des prix dans les zones à moins de quatre enseignes y est réellement plus élevé que dans les zones à plus de quatre. Il faudrait démontrer l'insuffisance de la pression concurrentielle dans une zone qui n'accueille que deux ou trois hypermarchés, et se préoccuper de savoir si la concentration des enseignes au niveau local est un bon indicateur du niveau des prix. Il y a erreur de raisonnement à déduire systématiquement d'un état de concentration, toute relative par ailleurs, un manque de concurrence.

L'avis cite l'étude menée en 2009 par la *Competition Commission* au Royaume-Uni, mais il n'en détaille pas les résultats, ceux-ci étant, il est vrai, très mesurés, comme le constat que la présence d'un magasin supplémentaire dans un rayon de dix minutes de trajet en voiture conduit à une réduction de la marge d'un magasin en situation de monopole de 3,8%. Au-delà de ce résultat peu convaincant, la *Competition Commission* ne dit rien de

l'effet que l'on pourrait mesurer dans des zones à trois ou quatre enseignes, ce qui interdit tout rapprochement avec les analyses de l'AdlC sur le marché français.

L'avis cite également l'étude UFC de 2008 qui montre que les écarts de prix entre zones plus ou moins concentrées existent mais sont faibles, de moins de 3%, avec des variations selon les enseignes. Cette étude précise qu'en moyenne nationale les écarts de prix selon la pression concurrentielle sont assez relatifs, mais que Carrefour et Auchan « ajustent plus fortement leurs prix relativement au niveau de concurrence ». L'Autorité, qui cite cette étude à l'appui de ses affirmations, n'exploite pas réellement ses résultats. Elle néglige l'importance de la politique de prix de chaque enseigne. Pourtant, la conclusion de l'étude UFC est confirmée par une étude universitaire récente que nous avons versée au dossier (S. Willart, *la Relation entre le niveau des prix et la concurrence locale dans la grande distribution*, 2009, IAE, université de Lille). Elle établit que la présence de telle ou telle enseigne est bien plus significative que les mesures de concurrence pour expliquer le niveau des prix. La présence d'Intermarché ou de Leclerc exerce un effet à la baisse, celle de Casino, de Champion ou de Géant un effet à la hausse : « Certaines enseignes sont donc des concurrents qui incitent à la baisse des prix, d'autres au relâchement », conclut cette étude.

Ce rôle de la politique d'enseigne permet de faire le lien entre une situation nationale concurrentielle et les politiques locales de prix. Ainsi, le cabinet économique indépendant BIPE a réalisé en 2008, pour le compte de l'enseigne Leclerc, une étude de concurrence locale dont une des conclusions est que « les enseignes indépendantes [Leclerc, Intermarché, Système U] pratiquent des politiques de prix autonomes qui leur permettent de tirer plus facilement les prix vers le bas ». Une enquête récente du magazine UFC-*Que choisir* confirme ce résultat : « Le groupe Leclerc communique sur ses prix de manière intensive. Notre enquête confirme qu'il peut le faire à raison. (...) La présente enquête confirme que Leclerc a les prix les plus bas, devant Intermarché, et Système U et Auchan, quasiment à égalité. » (*Que choisir*, n° 490, mars 2011) Ces résultats convergents démontrent l'importance des stratégies nationales d'enseigne dont l'Autorité a choisi de ne pas tenir compte, ce qui peut lui être reproché. Le fait que les enseignes du commerce associé sont systématiquement les moins chères, selon toutes les études, n'est pas reflété dans le diagnostic de l'avis, qui du coup l'ignore dans ses propositions.

■ *L'avis cite quatre freins à la mobilité des commerçants : droit des terrains et, en droit des contrats, clauses de priorité, de non-concurrence, de non-réaffiliation : l'analyse s'applique-t-elle à vos adhérents ?*

G. L. : Les mesures préconisées en fin d'avis visent tous les réseaux du commerce indépendant organisé, dès lors qu'ils recourent à la technique contractuelle. Nos groupements du commerce associé peuvent être concernés et seront plus ou moins affectés, selon les pratiques mises en œuvre

dans leurs réseaux. En tout état de cause, les solutions avancées ne répondront pas efficacement aux problèmes soulevés. D'abord, il ne faut pas confondre plus grande mobilité entre enseignes et entrée d'une nouvelle enseigne sur le marché. De plus, pour réintroduire de la concurrence, l'Autorité préconise une plus forte mobilité entre indépendants. Mais comment être certain que cela répondra à l'objectif ?

La méthode retenue est vaine. Premièrement, la solution proposée est nationale, alors que la problématique est locale. Deuxièmement, les recommandations qui visent les enseignes du commerce associé concernent des structures de marché où il n'est pas présent (hypermarchés et proximité, les enseignes du commerce associé occupant surtout le créneau des supermarchés). Troisièmement, la mobilité préconisée entre enseignes n'apporte aucune garantie sur la façon dont vont s'opérer les changements d'enseignes, ni sur le fait que la concurrence va s'améliorer plutôt que faiblir, si des enseignes du modèle intégré renforcent leurs positions en achetant des points de vente d'indépendants (c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les réseaux du commerce associé ont eu recours au droit de préemption). Quatrièmement, l'AdlC recommande d'interdire des clauses de droit de priorité pour améliorer la mobilité des enseignes, mais le raisonnement est erroné : le droit de préférence, ou de préemption comme on l'appelle dans nos réseaux, n'empêche nullement la mobilité des commerçants indépendants entre groupements. L'Autorité n'a pas fait de distinction entre le cas où un point de vente indépendant souhaite se retirer d'un groupement, pour changer d'enseigne, et celui où il souhaite céder son fonds de commerce et quitter le métier. Pourtant, ce sont deux raisonnements différents qu'il faut tenir.

■ *Pouvez-vous donner des exemples de mobilité (arrivées et départs, volontaires ou forcés) ?*

G. L. : Mais oui, le marché des transferts est et reste très actif dans la grande distribution. Tout récemment, Casino a acheté deux hypermarchés normands à un adhérent Intermarché. Casino, quasi absent de Normandie, prend ainsi pied dans la région en achetant trois magasins, Saint-Pair-sur-Mer (4 300 m²), Villedieu-les-Poêles (2 700 m²) et Donville-les-Bains (980 m²), au début de mai 2011. Leclerc a ravi sept associés à Système U en Corse, l'été 2008, alors que peu auparavant les Coop de Normandie étaient passées de Casino à Système U, puis trente-deux supermarchés Coop d'Alsace affiliés de Cora, qui négociaient depuis des mois avec Système U, passaient chez Leclerc. Huit jours plus tard, les magasins U répliquaient en reprenant quatorze établissements des Coop de Normandie et Picardie. Sans oublier cinquante supermarchés Champion, en litige avec leur franchiseur Carrefour, qui ont voulu changer d'enseigne à leur tour. Ce type de *mercato* a eu lieu aussi dans les Dom-Tom. A la Réunion, onze franchisés du groupe François Caillé ont souhaité passer de Carrefour à Casino en mai 2009.

Déjà, deux franchisés, lassés de l'incertitude dans laquelle Carrefour les laissait, avaient quitté le groupe en décembre 2008 pour rejoindre Leclerc.

■ *Croyez-vous que l'avis de l'AdlC vise surtout le commerce associé ?*

G. L. : Non, il vise justement de manière indifférenciée tous les réseaux d'indépendants qui recourent à la technique contractuelle. Quant à savoir si les recommandations formulées vont affecter une forme de commerce plus qu'une autre, il s'agit d'une autre question, dont nous n'avons pas encore la réponse. Mais la méconnaissance du mode de fonctionnement de nos réseaux coopératifs peut nous laisser craindre l'adoption de dispositions qui leur sont plus difficilement applicables. A nous de veiller à l'équité des mesures.

■ *Ce que recommande l'avis sur les contrats d'affiliation est-il compatible avec le droit de la coopération ?*

G. L. : Nous représentons une des formes de réseaux d'indépendants concernés par l'avis de l'AdlC. Nos spécificités influent sur la nature des contrats évoqués. Nous ne pouvons que constater la méconnaissance de nos pratiques et de la raison de leur existence. La coopérative de commerçants est une forme particulière du commerce indépendant organisé, où le lien contractuel (à durée parfois déterminée) ne fait que renforcer un lien sociétaire qui est nécessairement à durée indéterminée. C'est la raison pour laquelle nous ne nous sentons pas concernés lorsque l'on parle de « *contrats d'affiliation* », car les contrats qui lient le commerçant à sa tête de réseau ne sont que la prolongation du lien sociétaire qui lie sur un plan égalitaire les associés entre eux. Des associés qui ont par ailleurs créé leur propre société de moyens, dont ils sont les uniques propriétaires et bénéficiaires. Limiter la durée de ces contrats, voire interdire une durée indéterminée, c'est nier la spécificité même de nos réseaux.

Ingérence étatique

Même s'il ne la lie pas dans ses décisions, l'Autorité de la concurrence a rendu sur les contrats d'affiliation un avis qui pêche, entre autres considérations, par des recommandations trop précises et des interdictions per se, dans un esprit d'immixtion entre opérateurs.

Entretien avec Marie Malaurie Vignal, professeur agrégée à l'université de Versailles, présidente du comité scientifique de l'association Droit et Réseaux

■ *Comment expliquez-vous son auto-saisine par l'Autorité de la concurrence ?*

Marie Malaurie Vignal : Avec la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation

■ *Quelles ont été les réactions à l'avis de l'AdlC parmi les membres de la FCA ?*

G. L. : Les réactions des groupements membres de la FCA ont porté à la fois sur la forme et sur le fond. Sur la forme, certains considèrent que l'Autorité de la concurrence a outrepassé ses pouvoirs en formulant des injonctions, dans une procédure non soumise au contradictoire. C'est la raison pour laquelle ils ont souhaité attaquer l'avis devant le Conseil d'Etat, pour excès de pouvoir de l'AdlC. Sur le fond, tous les acteurs du commerce associé ne partagent pas les conclusions de l'AdlC et ne souscrivent pas au raisonnement selon lequel la seule concentration structurelle (quatre enseignes sur six) suffit à démontrer l'absence de concurrence entre les enseignes. Les contrats qui peuvent être conclus entre les têtes de réseau du commerce associé et leurs adhérents peuvent être très différents d'un groupement à l'autre, mais tous les adhérents contestent certaines leçons que souhaite nous faire tirer l'AdlC de son avis.

■ *Avez-vous été entendu par l'AdlC ?*

G. L. : Certains ont déploré, assez vivement, le manque de contradictoire avant la publication de l'avis. Depuis, les échanges avec l'Autorité existent et sont positifs. Nous prenons part à la consultation annoncée et préconisons des solutions locales à des problématiques locales. Toutefois, certains éléments nous indiquent que nous ne sommes pas toujours bien compris. Mais nous envisageons positivement ce dossier et nous nous sommes attelés à un vaste travail d'explication pour décrire les principes de fonctionnement et le mode d'organisation des réseaux du commerce associé.

Propos recueillis par J. W.-A.

de la *régulation* de l'économie, l'AdlC peut prendre « *l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence et peut recommander au ministre de l'Economie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration des marchés* » (Code de commerce, L. 462-4). Il est légitime que l'AdlC puisse donner son avis sur tout problème de concurrence, mais cette mission consultative soulève deux questions.

En premier lieu, celle du principe d'impartialité. Ce principe peut être respecté formellement (les membres ayant participé à l'avis n'étant pas ceux qui, *ex post*, auront à connaître de pratiques litigieuses dans le domaine relevant de l'avis). En revanche, dès lors que l'avis est formulé avec la vigueur de celui du 7 décembre 2010, avec des interdictions ou des « *recommandations* » formulées sans

nuances, on peut s'interroger sur le respect du principe d'impartialité substantielle¹.

La seconde question tient à l'évolution de la mission de l'Autorité. L'AdC a largement utilisé cette mission consultative (voir son rapport 2009, p. 300). Elle n'hésite pas à formuler des suggestions à l'attention des intéressés², agit de plus en plus *ex ante*, en qualité de régulateur. Elle se présente (sur www.autoritedelaconurrence.fr) comme un « *avocat de la concurrence* », « *auprès des acteurs publics et des décideurs économiques* » et exerce « *un rôle de conseil et d'alerte, bien en amont de la mission répressive* » qu'elle assume.

Cette intervention *ex ante* peut se justifier auprès des acteurs publics. Elle est plus contestable avec des « *décideurs économiques* » (je comprends cette notion comme visant les *opérateurs*), si elle conduit à affecter non seulement les structures de la concurrence mais les comportements. L'article L. 462-4 donne à l'AdC le pouvoir de recommander des mesures destinées à améliorer le marché. Le président Lasserre a précisé que les avis doivent se limiter « *à l'examen de questions générales de concurrence et à l'énonciation de recommandations tout aussi générales* »³. Certes, le texte est imprécis quant à l'étendue des pouvoirs de l'AdC. Mais la raison d'être de la fonction consultative est de se limiter à des *recommandations générales*, comme le souligne le président Lasserre. Or, en imposant ou en éradiquant telle ou telle pratique contractuelle, l'AdC a dépassé les pouvoirs qui lui ont été conférés. Ses recommandations ne sont pas générales mais précises. Le même jour, l'AdC a rendu un avis, à propos du « *management catégoriel* », beaucoup plus prudent, et elle a invité la Commission d'examen des pratiques commerciale à se prononcer sur la question⁴.

■ *L'avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 vise-t-il surtout le commerce associé ?*

M. M. V. : Non, l'avis est très général et vise la distribution alimentaire, que le distributeur soit affilié ou appartienne à une coopérative, et cette uniformisation de régime est problématique.

■ *S'agissant de la mobilité d'une enseigne à une autre, la franchise et le commerce associé relèvent-ils de la même analyse ?*

M. M. V. : L'AdC souhaite favoriser la mobilité des commerçants, même si les intéressés ne le souhaitent pas eux-mêmes. Un des arguments pour critiquer les clauses d'engagement est puisé dans le règlement européen 330/2010 relatif aux contrats de distribution et aux commerçants indépendants qui se regroupent sous une enseigne commune. L'avis ne distingue pas entre les commerçants affiliés à un réseau et ceux appartenant à une coopérative. Cet amalgame est contestable, car la mise en place d'une coopérative de détaillants ne répond pas à la même logique que celle d'un réseau de distribution. Les investissements ne sont pas les mêmes. La coopérative a une structure institutionnelle (Code de commerce,

art. L. 124-1 et s.). L'organisation est plus poussée que dans un contrat d'affiliation. Soumettre les engagements souscrits par un sociétaire à une durée maximale de cinq ans, par référence au règlement 330/2010 (art. 5) est déraisonnable. Je doute qu'un banquier accorde un crédit à une coopérative si la durée d'engagement est de cinq ans. Il faut que la doctrine, la magistrature et l'ensemble des professionnels du droit réfléchissent à une adaptation du droit de la concurrence au droit coopératif⁵. Au nom d'un principe de neutralité, on gomme des différences juridiques réelles entre affiliation et association à une coopérative.

■ *L'avis est-il en cohérence avec le droit communautaire ?*

M. M. V. : Il invoque le règlement 330/2010, et à première vue paraît eurocompatible. Mais le droit européen n'a pas pour objet de modeler les contrats, en imposant une formalisation de la relation dans un accord unique, ou en obligeant à transmettre le projet d'accord au plus tôt, ou encore à renforcer l'information précontractuelle. Cette immixtion dans la relation contractuelle ne relève pas de la compétence des autorités européenne ou nationales de concurrence, sauf si la pratique contractuelle a pour objet ou effet de fausser le jeu de la concurrence. L'AdC s'est saisie en raison de *préoccupations de concurrence* dans le secteur de la distribution alimentaire. Il n'est pas évident que l'exigence d'un contrat-cadre ou le renforcement d'une obligation précontractuelle répondent à des préoccupations de concurrence.

■ *Ce que recommande l'avis sur les contrats d'affiliation est-il compatible avec le droit de la coopération ?*

M. M. V. : J'ai montré dans un commentaire de l'avis⁶ que le droit coopératif présentait une spécificité qui justifiait une adaptation du droit de la concurrence à cette matière. La loi reconnaît cette spécificité, puisque l'article 124-2 du Code de commerce prévoit que l'activité de la coopérative de commerçants indépendants est, sauf dispositions légales, réservée à ses propres membres – ce qui est une première entorse au jeu normal de la concurrence. Cette disposition est une application du principe classique en droit coopératif de l'exclusivisme (article 3 de la loi du 10 septembre 1947). Cette règle est aussi un moyen de préserver les concurrents de la coopérative d'éventuelles distorsions de concurrence résultant de sa présence sur le marché, en raison des avantages dont elle bénéficie pour répondre à ses spécificités statutaires. La coopérative de détaillants a la faculté de réaliser des opérations communes pouvant comporter des prix communs (Code de commerce, L. 124-1, 6°). La loi lui accorde donc un régime spécifique en légalisant des politiques communes de prix, c'est-à-dire des ententes tarifaires. Le lien associatif entre coopérateurs n'est pas de même nature que le lien d'affiliation. Cette spécificité est expressément reconnue par l'avis de l'AdC au point 21, qui oppose la liberté du magasin coopératif, assujéti aux statuts et

règles de fonctionnement de la coopérative, à la situation du magasin lié à un groupe de distribution par un contrat de distribution intégrée.

La situation est plus complexe en cas de combinaison entre coopérative et franchise ou filialisation. Cette difficulté est évoquée au point 20, mais sans qu'une réponse soit donnée sur le régime applicable. A notre sens, en cas de combinaison, il faut se demander quelle part prend la coopérative ou la franchise, dans l'activité principale de distribution de produits ou de services, pour déterminer si s'appliquent le droit coopératif ou les règles en matière de restrictions verticales. En cas de combinaison entre une adhésion à une coopérative et un contrat, notamment d'utilisation d'enseigne, la jurisprudence civile dispose d'instruments juridiques⁷. Le droit civil peut appréhender la complexité par la théorie de l'indivisibilité. Il n'est pas nécessaire d'uniformiser les régimes de la coopérative et de l'affiliation en réseau.

De même, en cas de combinaison entre liens capitalistiques et contrat de franchise, la jurisprudence a admis que le franchiseur pouvait être exclu du capital de son franchisé, en l'absence de toute clause d'exclusion prévue dans les statuts, dès lors que le contrat de franchise était résilié, en se fondant sur une « *volonté implicite* », sur « *l'indivisibilité entre la participation au capital et le contrat de distribution* » et sur les « *usages en vigueur dans les réseaux de distribution* »⁸.

Il n'appartient pas à l'AdlC de s'immiscer dans les relations statutaires et contractuelles de façon dirigiste, en procédant à une uniformisation de régime, dans le louable souci de favoriser la concurrence et de supprimer les barrières à la sortie. En cas de relations complexes, la jurisprudence peut trouver les solutions pour mettre fin à des dépendances abusives d'un distributeur à l'égard de son fournisseur, même en présence de liens capitalistiques liant les deux partenaires.

De même, la coopérative peut filialiser ses adhérents : elle devient leur associée. Il est aussi possible de filialiser des activités de la coopérative (L. 124-1-7 du Code de commerce). Le régime coopératif est alors aménagé. Les filiales ne peuvent traiter avec la coopérative dont elles sont les associées (L. 124-7). Afin de maintenir la spécificité de la coopérative, il conviendrait de vérifier qu'elle ne transfère pas ses activités de base à sa filiale⁹.

■ *L'avis est-il cohérent avec la jurisprudence ?*

M. M. V. : Dans un arrêt du 28 septembre 2010, la Cour de cassation distingue la clause de non-réaffiliation, qui se borne à restreindre la liberté d'affiliation, et la clause de non-concurrence, qui a pour objet de limiter l'exercice d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau quitté. Des arrêts du fond (cour d'appel de Versailles notamment) ont aussi distingué les deux clauses¹⁰. L'avis de l'AdlC (p.151) adopte une solution exactement contraire, en énonçant que la clause de non-réaffiliation

devrait être assimilée, dans le secteur alimentaire, à la clause de non-concurrence. En conséquence, pour l'AdlC, la clause de non-réaffiliation, qu'elle soit inscrite dans un contrat d'affiliation, des statuts ou des pactes de sociétés, devrait être soumise au régime prévu par l'article 5 du règlement 330/2010 : être limitée à un an, au magasin objet du contrat, nécessaire à la protection du savoir-faire, nécessaire et proportionnée à l'objectif de protection de l'identité commune et de la réputation du réseau.

Pour autant, il ne faut pas attacher une importance capitale à l'arrêt de la Cour de cassation. Elle ne se prononce que sur la nature distincte des clauses, non sur leur régime. Dans un arrêt antérieur, sans se prononcer sur la nature de la clause de non-réaffiliation, elle l'avait assujettie au principe de proportionnalité et à la possibilité pour le franchisé d'exercer une activité hors réseau¹¹.

Le double principe de proportionnalité et de nécessité n'est pas spécifique aux clauses de non-concurrence. La licéité concurrentielle de toute clause y est soumise. Il est donc légitime d'affirmer que la clause de non-réaffiliation doit être nécessaire pour protéger le savoir-faire et doit laisser au franchisé la possibilité d'exercer une activité hors réseau. Or, dans la distribution alimentaire, l'adhésion à un réseau ou à une coopérative est indispensable à un magasin pour s'assurer une chance de réussite commerciale. Il y a fort peu de magasins véritablement indépendants, c'est-à-dire non affiliés à un réseau ou non intégrés à une société. Aussi, l'affirmation par l'AdlC que la clause doit être soumise à un principe de proportionnalité et de nécessité n'est pas choquante. Le distributeur qui quitte le réseau doit pouvoir retrouver une activité économique dans la distribution alimentaire.

En revanche, l'assimilation complète de la clause de non-réaffiliation à la clause de non-concurrence est critiquable. Pourquoi la soumettre à une durée d'un an, par renvoi à l'article 5 du règlement 330/2010 qui limite à un an la clause de non-concurrence post-contractuelle ? Par ailleurs, est critiquable aussi l'assimilation entre affiliation et intégration à une coopérative. Or l'avis soumet toute clause de non-réaffiliation, d'un contrat d'affiliation ou d'un pacte statutaire, au même régime, calqué sur celui du règlement 330/2010, article 5.

■ *N'y a-t-il pas contradiction entre l'avis de l'AdlC du 7 décembre et sa jurisprudence du 15 février dans l'affaire Pomona-Creno ?*

M. M. V. : En effet. Le 15 février 2011, l'AdlC rend une décision de non-lieu où elle admet la licéité concurrentielle d'une clause de non-réaffiliation interdisant à un grossiste, affilié à une centrale, d'« *appartenir directement ou de participer directement ou indirectement à la structure d'un groupement concurrent* ». La durée de non-affiliation était de deux ans ! L'AdlC ne se prononce pas sur le caractère légitime, proportionné et nécessaire à la protection du savoir-faire. Elle s'affranchit des critères posés par l'avis 10-A-26. De même, elle affirme que le droit de préférence post-

contractuel figurant dans le règlement intérieur de la centrale de référencement n'est pas anticoncurrentiel. Or, dans l'avis 10-A-26 (point 174), elle avait considéré que ces clauses étaient de nature à empêcher la mobilité des magasins entre les enseignes, et à restreindre le jeu de la concurrence.

D'une certaine manière, cette divergence de solutions est rassurante. Elle atteste que l'AdlC, saisie au fond, peut se libérer des « recommandations » émises dans un simple avis. Le principe d'impartialité substantielle est ainsi respecté. L'AdlC, dans la décision Pomona-Creno, apprécie *in concreto* les clauses litigieuses et procède à une véritable analyse de leur objet ou effet anticoncurrentiel sur le marché.

Il reste un point de divergence difficile à expliquer, car il porte sur une affirmation générale. Le 15 février 2011, l'AdlC affirme (point 114) que la clause de non-réaffiliation, rendant le départ des grossistes de la centrale moins probable, assure le « maintien de la structure pérenne » de la centrale, pérennité qui est un « facteur d'animation de la concurrence sur le marché ». Dans l'avis du 15 décembre 2010, elle fustigeait toute pratique destinée à assurer une pérennité à un distributeur, car la mobilité des distributeurs est un facteur essentiel de concurrence. Sa décision Pomona-Créno du 15 février 2011 dit donc le contraire : la pérennité d'une centrale est en soi un facteur d'animation de la concurrence sur le marché.

L'avis concerne des partenariats entre des détaillants et leurs fournisseurs (réseaux ou coopératives) ; la décision de février 2011, des partenariats entre grossistes et centrales. Les zones de chalandise ne sont pas les mêmes. Cette différence de marchés pertinents ne suffit pourtant pas à expliquer une telle différence d'analyse. La réponse est ailleurs. Dans la décision de février, l'AdlC ne cherche pas à imposer une mobilité des opérateurs économiques, comme elle le fait de façon énergique dans son avis sur la distribution alimentaire. Elle prend acte de l'absence de véritable barrière à l'entrée pour admettre que les clauses de non-réaffiliation, limitées à deux ans, ne sont pas anticoncurrentielles dans l'espèce qui lui est soumise. Son analyse est pragmatique, économique et non dogmatique. On ne peut qu'approuver cette méthode d'analyse, et regretter que l'avis ne l'ait pas suivie.

■ *Dès lors que l'AdlC raisonne au cas par cas, que penser du caractère général de l'avis ?*

M. M. V. : Un avis ne peut être aussi circonstancié qu'une décision rendue au fond. Une décision contentieuse ne peut être rendue qu'après une analyse *in concreto* de l'impact d'une pratique sur le marché. C'est pourquoi on peut être surpris quand une décision de l'AdlC ou de la Commission se réfère à une décision précédente. On peut dire que les autorités de concurrence ne peuvent rendre des « arrêts de règlement ». Un avis rendu par l'AdlC a pour objectif de proposer des mesures destinées à améliorer les

marchés. Les propositions ne peuvent être que générales – certes après étude préalable du marché pertinent pour déterminer dans quelle mesure le marché est affecté. Les recommandations du 7 décembre 2010 sont précises et non simplement générales, comme cela devrait être.

■ *La notion de « tête de réseau », qui revient une cinquantaine de fois dans l'avis, a-t-elle une valeur juridique ?*

M. M. V. : Je ne suis pas choquée par cette expression. Le droit de la concurrence est pragmatique. Cette notion, non juridique, traduit une réalité. Mais elle est spécifique aux relations d'affiliation, lorsqu'un fournisseur met en place un réseau de distribution avec distributeurs affiliés. En revanche, elle est inopportune dans les relations sociétaires liant une coopérative à ses membres.

■ *Que pensez-vous de l'analyse des marchés pertinents mise en œuvre dans l'avis de l'AdlC ?*

M. M. V. : L'avis est d'une certaine manière paradoxal. Il se réfère souvent au règlement 330/2010 relatif aux restrictions verticales. Pour que ce règlement soit applicable, les parts de marché des fournisseurs et distributeurs ne doivent pas dépasser 30 %. Or le seuil de 30 % d'un distributeur est apprécié sur le marché amont, celui où il achète les produits, et non sur le marché aval de la revente (points 86 et suivants des lignes directrices). Tout en se référant au règlement 330, l'avis (point 2) fait le contraire, en se plaçant sur le marché aval. L'analyse du degré de concentration se fait au « niveau des zones de chalandise ». Le paradoxe n'est qu'apparent. Pour savoir si le marché de la distribution alimentaire souffre de dysfonctionnements, il faut se placer du côté du consommateur, et vérifier si l'offre est satisfaisante du point de vue concurrentiel. Comme le souligne l'avis (point 30), il existe une réelle concurrence sur le marché amont, entre les groupes de distribution. En revanche, sur le marché aval, l'appréciation doit se faire au niveau de la zone de chalandise, où la concentration est forte. L'objectif de l'AdlC est de favoriser la concurrence entre enseignes, qui doit être appréciée au niveau local.

■ *Il y a donc du bon dans l'avis ?*

M. M. V. : Pour simplifier, on critiquera la forme trop précises des recommandations, l'assimilation entre affiliation à un réseau de distribution intégrée et adhésion à une coopérative, la référence au règlement 330/2010 pour des clauses qui ne sont pas appréhendées par lui (non-réaffiliation), les interdictions *per se* (clauses de préemption, de non-concurrence, droits de priorité...) ou les encadrements dirigistes (clauses de non-réaffiliation). L'affirmation de telles interdictions est contraire à la logique économique. La démonstration de gains d'efficacité doit pouvoir être apportée. Et plutôt que de condamner *per se* ou d'encadrer une pratique, il serait opportun de rappeler que la licéité concurrentielle d'une pratique est soumise au principe de proportionnalité et de nécessité.

L'avis a le mérite de chercher des réponses à une excessive concentration de la distribution alimentaire. Il recommande de lever des barrières à l'entrée, invitation au législateur à réformer l'urbanisme commercial. L'AdIC souligne à juste titre (points 70 et 71) que les plans d'urbanisme locaux sont trop restrictifs et les barrières administratives, opérationnelles et économiques, trop lourdes. On peut craindre que la proposition de loi votée le 30 mars par le Sénat ne renforce ces barrières. De même, l'AdIC a raison de critiquer les barrières à l'entrée et à la sortie résultant des liens trop étroits entre magasins et réseaux ou groupements fournisseurs. L'encadrement des prises de participation des groupes de distribution au capital des sociétés de distribution est nécessaire, car les liens capitalistiques conduisent à réduire l'autonomie des distributeurs. Il en est de même des droits d'entrée au paiement différé.

Le problème général de l'avis est qu'il apporte des réponses de nature contractuelle et dirigiste au problème de la concentration. L'AdIC postule que la mobilité des distributeurs, même contre leur gré, entraînera une diminution de la concentration. Or la mobilité de commerçants changeant d'enseigne pourra bénéficier à la concurrence entre enseignes, mais elle ne résoudra pas le problème de la concentration, dans une situation d'oligopole.

La préoccupation majeure de l'AdIC (point 3 de l'avis) est l'hyperconcentration, et cette situation justifie son auto-saisine. La concentration de la distribution alimentaire doit être traitée de la plus large façon : par un contrôle *ex post* (apprécié *in concreto*) des barrières à l'entrée et à la sortie, mais aussi par une réforme de l'urbanisme commercial qui ne prendrait pas seulement en compte des considérations urbanistiques, logistiques ou environnementales, qui imposerait une liberté d'établissement mais la régulerait en imposant un critère de diversité concurrentielle – ce qui n'est pas le cas dans l'actuelle proposition de réforme de l'urbanisme. A défaut d'une réglementation efficace, l'AdIC doit exercer un contrôle vigilant des opérations de concentration, quel que soit le coût pour les entreprises et pour l'administration¹².

■ *Pourrait-on dire que, avec cet avis, l'AdIC tend à remplacer, pour les indépendants affiliés, au nom d'un intérêt collectif supérieur (« l'intérêt des consommateurs »), les contrats bilatéraux de coopération par des contrats de subordination strictement encadrés*

sous son contrôle ? Autrement dit qu'elle s'inscrit dans ce qu'Alain Supiot a appelé « reféodalisation du lien contractuel » ?

M. M. V. : Oui, cet avis traduit une ingérence étatique (au sens large, puisqu'il s'agit d'une autorité administrative indépendante) dans l'organisation commerciale de commerçants indépendants. Cette ingérence s'inscrit dans un mouvement que les économistes qualifient de « *paternalisme dur ou perfectionnisme social* » lorsqu'on substitue les préférences de certaines personnes à celles d'autres afin de préserver des biens d'intérêt collectif, comme l'intérêt des consommateurs ou de la concurrence¹³. Il en est ainsi lorsque l'AdIC souhaite favoriser la mobilité des distributeurs, même contre leur gré. Il n'est pas certain que les consommateurs y trouvent leur compte, car un distributeur peut avoir tissé des liens privilégiés avec sa clientèle. En outre, cette mobilité a un coût, qui sera répercuté sur le consommateur.

Propos recueillis par J. W.-A.

1. En ce sens, B. Cheynel, « Cumul de fonctions : la nouvelle Autorité de la concurrence à l'abri des foudres de la Cour EDH ? », Revue Lamy de la concurrence, oct.-déc. 2009.

2. Avis 10-A-28, 13 déc. 2010 : l'AdIC recommande aux producteurs de lait, fruits et légumes « de conserver une certaine souplesse dans la durée des contrats ».

3. B. Lasserre, « La régulation concurrentielle, un an après la réforme : un point de vue d'autorité », Concurrences n°3-2010, p. 35.

4. Voir notre commentaire in Contrats, Concurrence, Consommation 2011, comm. 30.

5. En ce sens, J.-J. Barbiéri, « Rapprochement entre coopératives et atteintes à la concurrence », Droit rural 2009, comm. 22 ; D. Hiez, note sous C.A Paris 17 sept. 2009, Jurisclasseur périodique 2009, 1907 ; S. Grandvillain, « Le statut de la coopérative de commerçants détaillants : déclin ou renouveau », Jurisclasseur périodique 2003, n°20 étude 759 ; et M. Malaurie Vignal in Contrats, Concurrence, Consommation 2011, étude 3.

6. Contrats, Concurrence, Consommation 2011, étude 3.

7. Exemple : Cass. com. 13 novembre 2008, Bull. cv. IV n° 254.

8. Cour d'appel de Grenoble, 16 septembre 2010, Jurisclasseur PG 2011, 273, P. Mousseron.

9. Cf. S. Grandvillain, Jurisclasseur périodique 2003, n° 20 étude 759.

10. C.A Versailles, 31 janv. 2007, LPA 2007 p. 56 .

11. Cass. com., 10 janv. 2008, Contrats, Concurrence, Consommation 2008 comm. 71 et nos observations.

12. Point 202 qui énonce que la requalification de certains contrats d'affiliation en opérations de concentration est portuse d'une insécurité juridique et que sa généralisation accroîtrait les coûts pour les entreprises et pour l'administration.

13. E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, Dalloz, 2008, p. 398.