

Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010
relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants
et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur
de la distribution alimentaire

L'Autorité de la concurrence (section III),

Vu la décision n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, enregistrée sous le numéro 10/0017 A ;

Vu les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale et le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 13 octobre 2010 ;

Les représentants des Groupe Casino, Groupe Carrefour, Société Système U, Groupe Auchan, Société E. Leclerc et Société Lidl entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte l'avis suivant :

Sommaire

I.	Introduction	5
II.	Le secteur français de la grande distribution à dominante alimentaire	6
A.	Les principales données économiques du secteur	6
B.	Les principaux opérateurs et leur mode de fonctionnement.....	8
1.	Les parts de marché des opérateurs et des enseignes	8
2.	Les modes de fonctionnement des groupes de distribution.....	10
C.	Le degré de concentration du secteur	12
1.	Considérations méthodologiques sur la mesure du degré de concentration des zones de chalandise, la délimitation des marchés pertinents et la concurrence entre les magasins indépendants d'une même enseigne.....	12
a)	L'indice fréquemment utilisé par les autorités de concurrence pour appréhender le degré de concurrence d'un secteur est l'indicateur Herfindhal-Hirschmann.....	12
b)	La délimitation des marchés pertinents de la distribution de détail	13
c)	Sur le degré de concurrence susceptible d'exister entre les magasins indépendants d'une même enseigne	15
2.	Sur le degré de concentration constaté dans les zones de chalandise.....	16
a)	Un degré de concentration élevé des zones de chalandise selon les études UFC-Que Choisir et Asterop... ..	16
b)	...confirmé par les données recueillies dans le cadre de la préparation de l'avis	17
D.	Les perspectives de développement des opérateurs	22
E.	Les barrières à l'entrée dans le secteur de la grande distribution alimentaire.	23
1.	Les barrières administratives et réglementaires.....	24
2.	Les barrières à l'entrée liées au foncier commercial	24
3.	L'étanchéité des différents réseaux de distribution alimentaire	25
a)	L'existence d'une relation de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés	25
b)	La faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes	26
4.	Les autres barrières à l'entrée.....	27
III.	Les pratiques constatées en matière de gestion du foncier commercial	28
A.	La détention de foncier inexploité.....	29
B.	Les clauses d'exclusivité présentes dans les contrats de vente et d'achat de foncier commercial	29

IV.	Analyse concurrentielle des pratiques constatées concernant les modalités de gestion du foncier commercial et recommandations	31
A.	Analyse concurrentielle des pratiques constatées concernant les modalités de gestion du foncier commercial	31
B.	Les recommandations de l’Autorité de la concurrence : La suppression des clauses de non-concurrence et des droits de priorité présents dans les contrats de vente et d’acquisition de foncier commercial.....	32
V.	Les pratiques constatées dans les relations d’affiliation entre les commerçants affiliés et les groupes de distribution.....	33
A.	Les dispositifs contractuels constitutifs de freins à la mobilité des magasins indépendants	35
1.	La durée relativement longue des engagements souscrits	35
a)	Des durées d’engagement relativement longues et disparates selon les enseignes.....	35
b)	Les justifications apportées par les opérateurs aux durées d’engagement relativement longues.....	36
c)	L’analyse juridique des durées d’engagement relativement longues	38
2.	La multiplicité des contrats et le décalage de leurs échéances	39
3.	Les droits d’entrée à paiement différé	40
4.	Les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles ...	40
a)	La variété des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées	40
b)	Les justifications apportées par les opérateurs aux clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles.....	41
c)	L’analyse juridique des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles	41
5.	Les droits de priorité au profit des groupes de distribution.....	45
a)	La présence, dans la plupart des contrats, de droits de priorité valables pendant toute la durée du contrat et plusieurs années après l’arrivée à échéance de ce dernier.....	45
b)	Les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces droits de priorité	46
c)	L’analyse juridique des droits de priorité prévus dans les contrats d’affiliation	46
B.	Les dispositifs capitalistiques constitutifs de freins à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution alimentaire.....	48
VI.	Analyse concurrentielle des pratiques constatées en matière d’affiliation et recommandations.....	49
A.	Les constats	49
1.	Synthèse des différents obstacles à la mobilité constatés.....	50

2.	L'impact de la faible mobilité des magasins indépendants sur le jeu concurrentiel.....	50
B.	Des pratiques susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence mais au prix de délais et d'incertitudes importants	52
1.	Au titre du droit des concentrations.....	52
a)	Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par la conclusion d'un contrat de distribution.....	52
b)	Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par une prise de participation minoritaire lui conférant une minorité de blocage sur les décisions stratégiques.	53
c)	Les limites du seul recours au droit des concentrations pour appréhender les dispositifs contractuels liant les magasins indépendants et leurs têtes de réseau	53
2.	Au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles.....	54
a)	En application des dispositions législatives sur les ententes verticales.....	54
b)	En application des dispositions législatives sur les abus de dépendance économique.....	55
C.	Les recommandations de l'Autorité de la concurrence	56
1.	La nécessité de permettre aux magasins indépendants de faire un choix libre et éclairé du groupe de distribution auquel ils décident de s'affilier.....	56
a)	La formalisation de la relation entre le magasin affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique	57
b)	La transmission du projet d'accord cadre unique et des contrats d'application doit pouvoir se produire suffisamment en amont des pourparlers	57
c)	Le renforcement de l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation	57
2.	La durée des engagements doit être limitée et les conditions de sortie du réseau facilitées.....	58
a)	La réduction de la durée des engagements souscrits	58
b)	L'harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle.....	59
c)	L'interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau.....	60
d)	L'encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles	60
e)	L'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé.....	60
f)	L'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.....	61
3.	Les modalités de mise en œuvre de ces recommandations	61
	Conclusion	61

I. Introduction

1. L'article L. 462-4 du code de commerce dispose que « *L'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés* ».
2. Par sa décision d'auto-saisine n° 10-SOA-01, l'Autorité de la concurrence a indiqué qu'elle souhaitait appréhender les éventuels obstacles à la concurrence que représentaient, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, les contrats d'affiliation et de franchise d'une part, les modalités de gestion du foncier commercial d'autre part. La décision d'auto-saisine indique que l'instruction portera tant sur les grandes surfaces à dominante alimentaire que sur le commerce dit de proximité. Elle souligne que cette analyse se situera notamment au niveau des zones de chalandise locales.
3. En effet, tant l'analyse économique que les études statistiques démontrent le rôle joué par le degré de concentration des zones de chalandise dans le niveau des prix aux consommateurs. Plusieurs rapports ont en outre souligné le degré de concentration élevé de certaines zones de chalandise dans le secteur de la grande distribution alimentaire. Dans son avis n° [07-A-12](#), le Conseil de la concurrence avait mis en relief le rôle joué par la réglementation spécifique à l'urbanisme commercial issue des lois Royer puis Raffarin dans la concentration excessive constatée dans certaines de ces zones. En portant de 300 à 1000 m² le seuil de surface commerciale au dessus duquel une autorisation administrative est nécessaire pour ouvrir un nouveau magasin, la réforme de l'urbanisme commercial introduite par la loi de modernisation de l'économie a commencé d'abaisser certaines des barrières réglementaires s'opposant à l'entrée de nouveaux concurrents sur ces zones de chalandises concentrées.
4. Toutefois, les obstacles à l'entrée peuvent également résulter du comportement des opérateurs. En particulier, l'avis n° 07-A-12 précité avait notamment constaté le rôle important joué par la gestion du foncier commercial dans les processus d'entrée des opérateurs. A cette occasion, certains avaient pointé les stratégies de « gel du foncier » mises en œuvre par des concurrents déjà implantés sur les zones de chalandise, consistant en une détention de foncier inexploité dans le but d'empêcher ou de rendre moins profitable l'implantation de magasins concurrents. Le présent avis vise alors à appréhender de façon plus détaillée la fréquence de tels comportements, ses différentes modalités et les réponses qu'il convient d'y apporter.
5. En outre, en présence d'obstacles importants à la création de nouveaux magasins, l'une des réponses possibles à la concentration excessive des zones de chalandise réside dans la faculté que pourraient avoir les opérateurs concurrents d'attirer dans leurs réseaux des magasins indépendants affiliés à des groupes de distribution concurrents. De cette façon, une zone de chalandise comprenant, par exemple, cinq magasins affiliés à deux groupes de distribution, pourrait continuer d'accueillir cinq magasins, mais désormais liés à trois groupes de distribution, diminuant ainsi le degré de concentration sur cette zone de chalandise et intensifiant ainsi la concurrence au bénéfice du consommateur final. De la

même façon, la mobilité des magasins indépendants entre groupes de distribution pourrait supporter l'entrée d'un groupe de distribution étranger, à même d'intensifier la concurrence sur le marché national et d'atténuer la concentration des centrales d'achat. A l'inverse, si les contrats liant les magasins indépendants aux groupes de distribution sont de nature à restreindre cette mobilité et si les parts de marché des opérateurs ainsi liés sont importantes, les possibilités d'entrée seraient restreintes et l'intensité de la concurrence atténuée. Seuls des gains d'efficience suffisamment significatifs, en termes de transfert de savoir-faire ou d'incitations à l'investissement par exemple, pourraient alors contrebalancer ces effets restrictifs de concurrence. Dans cette perspective, l'objet du présent avis est d'apprécier les caractéristiques des différents contrats liant les magasins indépendants à leur tête de réseau, les restrictions de concurrence qu'elles sont susceptibles d'entraîner et les réponses, qu'il convient d'y apporter.

6. A titre liminaire, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une saisine d'office pour avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permet de porter une telle appréciation.
7. Après avoir présenté les principales caractéristiques du secteur français de la distribution à dominante alimentaire, notamment pour ce qui concerne l'organisation de ses principaux opérateurs, la concentration des zones de chalandise et les barrières à l'entrée constatées (partie II), l'avis recensera, respectivement, les pratiques constatées en matière de gestion du foncier commercial et les préconisations de l'Autorité de la concurrence à leur égard (parties III et IV). Il s'attachera ensuite à l'analyse des pratiques constatées en matière de contrats d'affiliation des magasins indépendants aux groupes de distribution et aux préconisations de l'Autorité de la concurrence à leur égard (parties V et VI).

II. Le secteur français de la grande distribution à dominante alimentaire

8. Sont successivement présentés les principales données économiques du secteur de la grande distribution à dominante alimentaire (A), les principaux opérateurs et leur mode de fonctionnement (B), le degré de concentration du secteur (C), les perspectives de développement des opérateurs (D) et les barrières à l'entrée (E).

A. LES PRINCIPALES DONNÉES ÉCONOMIQUES DU SECTEUR

9. En 2008, les grandes surfaces d'alimentation générale (comprenant les hypermarchés, les supermarchés et les magasins de hard discount) fournissent plus des deux tiers (67,3 %) du marché des produits alimentaires (hors tabac), l'alimentation spécialisée et l'artisanat commercial (boulangeries, boucheries, charcuteries) environ un sixième (16,6 %). Enfin, les petites surfaces d'alimentation générale et les magasins de produits surgelés représentent 8,4 % du marché des produits alimentaires. En 2006, 5 900 entreprises

d'alimentation générale de grande surface ont réalisé un chiffre d'affaires de 170,7 milliards d'euros¹.

10. Les grandes surfaces d'alimentation générale se partagent en deux formats principaux. Les supermarchés, définis comme des magasins à dominante alimentaire d'une surface de vente inférieure à 2 500 m² et supérieure à 400 m², au sein desquels les magasins de hard-discount représentent 41 % du chiffre d'affaires du secteur. Les hypermarchés, définis comme les magasins à dominante alimentaire possédant une surface de vente supérieure à 2 500 m² avec une offre de produits non-alimentaires plus importante que les supermarchés, en représentent 56 %². En nombre de magasins et en surface de vente, la France comprend en 2009, 1 667 hypermarchés (dont 17 créés entre 2004 et 2009, soit une progression de leur nombre de 1 % sur cette période) pour une surface totale de vente de 9,3 millions de m². Elle compte en outre 5 437 supermarchés (dont 345 créés entre 2004 et 2009, soit une progression de 7 %) pour une surface totale de vente de près de 7 millions de m² et 4 531 magasins de hard discount (dont 1 001 créés entre 2004 et 2009, soit une progression de 28 %) pour une surface totale de vente de 3,2 millions de m²³.
11. Le commerce d'alimentation générale de proximité (épiceries, supérettes et commerces de produits surgelés) compte 17 600 entreprises pour 19 400 points de vente. Le chiffre d'affaires des épiceries et supérettes est de 7,2 milliards d'euros, soit 3,5 % du chiffre d'affaires du commerce de détail alimentaire⁴. Selon les chiffres de l'INSEE, le nombre d'épiceries a été divisé par six, en un peu plus de trente ans, passant de 87 000 entreprises en 1966 à 14 100 en 2006. Toutefois, depuis le début des années 2000, le parc d'épiceries (moins de 120 m²) et supérettes (entre 120 et 400 m²) s'accroît d'une centaine d'unités chaque année, soit une hausse de près de 1 000 unités entre 2000 et 2008 (+ 8,4%). Cette croissance est essentiellement portée par les supérettes, dont le nombre a connu sur cette période une croissance de + 25,5%⁵. En ce qui concerne le chiffre d'affaires, celui-ci est, depuis 2005, en diminution de l'ordre de 1 à 2 points chaque année, du fait notamment de la pression concurrentielle des magasins de hard discount et des petits supermarchés de centre-ville (entre 400 et 1000 m² de surface de vente).
12. Jusqu'en 2004, les formats des hypermarchés et des supermarchés sont en croissance, leur part de marché se stabilisant ensuite à 67 %. Cette croissance s'est essentiellement effectuée au détriment du commerce d'alimentation spécialisée, dont la part de marché passe de 22 % à 16 % entre 1993 et 2008, et des petites surfaces d'alimentation générale, dont la part de marché passe de 12 à 9 %. L'autre grande tendance est la montée en puissance des magasins de maxi-discount. Selon les magasins de maxi-discount auditionnés, l'élévation du seuil de notification des opérations d'implantation de magasins a significativement accru leur capacité de déploiement. En outre, conjuguée à un rebond de la demande pour le commerce de proximité, cette réforme a également relancé l'intérêt des opérateurs pour ce format, décrit par plusieurs opérateurs comme un nouveau vecteur de croissance.
13. Le cas de Paris est à part. L'absence d'hypermarchés, notamment pour des raisons d'urbanisme, dans Paris intra-muros, la cherté du foncier commercial et la faible densité commerciale en matière de distribution alimentaire sont les principales caractéristiques de Paris. Toutefois, la présence d'hypermarchés à la périphérie immédiate répond, très

¹ Source : INSEE, *Le commerce en France*, édition 2009.

² Source : INSEE, *Le commerce en France*, édition 2009.

³ Source : Xerfi, *Grandes surfaces alimentaires*, novembre 2009.

⁴ Source : INSEE, *Le commerce en France*, édition 2009.

⁵ Source : XERFI, *Epiceries et supérettes*, Mars 2010.

partiellement, à une certaine demande des consommateurs. Enfin, il doit être relevé que la concurrence s'exerce entre formats de distribution relativement petits (supérettes et petits supermarchés, principalement) détenus majoritairement par deux groupes, Casino, qui s'appuie notamment sur l'enseigne Monoprix (détenue à 50 % avec le groupe Galeries Lafayette) et Carrefour.

14. La politique de prix des magasins de la grande distribution a fait l'objet de nombreuses critiques. Selon plusieurs travaux⁶, la loi Galland a favorisé une hausse généralisée des prix, déconnectée des variations de prix enregistrées chez les pays voisins et donc, dans une large mesure, des prix des matières premières. Pour autant, il demeure difficile de cerner les responsabilités respectives des industriels et des distributeurs dans ce processus de hausse des prix. L'abrogation de la loi Galland (loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs dite « loi Châtel »), puis la levée de l'interdiction de discriminer pesant sur les fournisseurs (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite « LME »), ont permis d'amorcer un retour de la concurrence tarifaire entre les enseignes⁷, sans qu'il soit encore possible de faire la part, dans le processus de stabilisation des prix, de la crise conjoncturelle traversée par l'économie mondiale et de la réforme législative entamée depuis 2007. De fait, si les négociations entre industriels et distributeurs semblent s'être durcies, la répercussion des éventuelles diminutions de prix d'achat obtenues par les distributeurs aurait été, de par le passé, d'une ampleur inégale selon le type de produits⁸. Celle-ci pourrait en effet dépendre de nombreux facteurs, tels que la facilité de stockage des produits, la notoriété de leur marque ou le degré de concurrence existant sur les zones de chalandise. En outre, le degré de concurrence observé sur les zones de chalandise locales, où s'exerce effectivement la concurrence entre les magasins, devrait également être un facteur déterminant de l'ampleur de cette répercussion⁹.

B. LES PRINCIPAUX OPÉRATEURS ET LEUR MODE DE FONCTIONNEMENT

1. LES PARTS DE MARCHÉ DES OPÉRATEURS ET DES ENSEIGNES

15. Le secteur de la distribution alimentaire se caractérise par une concentration élevée, proche de celle d'un oligopole. Au premier semestre 2009, les six principaux groupes, tous d'origine française (Auchan, Carrefour, Casino, E. Leclerc, ITM Entreprises et Système U), détiennent près de 85 % de parts de marché au premier semestre 2009.

⁶ Notamment recensés par M.L. Allain, C. Chambolle et T. Vergé, *La Loi Galland sur les Relations Commerciales: Jusqu'où la Réformer ?*, Cepremap, Editions ENS-Rue d'Ulm, 2008.

⁷ Selon plusieurs observateurs (cf., par exemple, le compte-rendu de la Commission des Affaires économiques du 8 juillet 2009), la LME a permis une plus grande différenciation des prix d'achat et donc des prix de revente des grandes enseignes. Avec un gain de parts de marché de 0,7 point entre le premier semestre 2008 et le premier semestre 2009, le groupement Leclerc connaît la plus forte progression du secteur. Les autres groupements d'adhérents (Intermarché et Système U) ont tous les deux gagné 0,3 point de part de marché. En parvenant à stabiliser sa part de marché, Carrefour a réalisé la meilleure performance des groupes intégrés, à l'inverse des formats hypermarchés et discount de Casino (source : Xerfi, *Grandes surfaces alimentaires*, novembre 2009).

⁸ Cf. *Rapport sur la formation des prix alimentaires* du Secrétariat d'Etat chargé de la prospective, de l'évaluation des politiques publiques et du développement de l'économie numérique, 2008.

⁹ « Quel est l'impact de la concurrence des surfaces de type discount sur les prix des hypermarchés à dominante alimentaire ? », K. Berger, *Revue de la Concurrence et de la Consommation* n°139, 2004

GROUPE	ENSEIGNE(S)	FORMAT	NOMBRE DE MAGASINS	PART DE MARCHÉ (estimations TNS décembre 2009)
Aldi (groupe familial complètement intégré)	Aldi	Hard discount	854	2,5 %
Auchan (groupe familial intégré ; développement de la franchise sur le format supermarché)	Auchan	Hypermarché	130	8,6 %
	Atac	Supermarché	5	2,5 %
	Simply Market	Supermarché	209	
Carrefour (groupe coté, intégré sur le format hypermarché, mixte sur le format supermarché et développant la franchise sur le format de la proximité)	Carrefour	Hypermarché	231	13%
	Carrefour Market / Champion	Supermarché	987	8,4%
	Carrefour City / Carrefour Contact / Shopi / 8 à Huit / Marché Plus / Proxi	Epicerie / Supérette	3 165	/
	Ed / Dia	Hard discount	928	2,5%
Casino (groupe coté, intégré sur le format hypermarché, mixte sur le format supermarché et développant la franchise sur le format de la proximité avec l'importance très forte du statut de mandataire-gérant)	Géant Casino	Hypermarché	122	3,2%
	Casino Supermarché	Supermarché	390	2,2%
	Petit Casino / Spar / Vival / Franprix	Epicerie / Superette	5 254	/
	Leader Price	Hard discount	559	2,7%
Cora (groupe intégré)	Cora	Hypermarché	59	2,5%
	Match	Supermarché	155	0,8%
E. Leclerc (groupement coopératif)	E. Leclerc	Hypermarché	540	16,9%
	E. Leclerc	Supermarché	78	
	Leclerc Express	Épicerie / Supérette	57	/
ITM Entreprises (groupement coopératif)	Intermarché	Hypermarché / Supermarché	1 488	12,1%
	Ecomarché	Supermarché	296	
	Netto	Hard discount	382	0,9 %
Lidl (groupe intégré)	Lidl	Hard discount	1 518	4,8%
Monoprix (50% Casino / 50% Galeries Lafayette) (groupe majoritairement intégré)	Monoprix	Supermarché / Proximité	285	2,2%
Système U (groupement coopératif)	Hyper U	Hypermarché	59	9,1%
	Super U	Supermarché	727	
	Marché U	Supermarché	109	
	U Express	Épicerie / Superette	128	/
	Utile	Épicerie / Superette	241	/

Parts de marché des principaux groupes de distribution en 2009

Groupe de distribution alimentaire	Parts de marché (estimation TNS Worldpanel 2009)
CARREFOUR	23,9%
LECLERC	16,9%
INTERMARCHE	13,6%
AUCHAN	11,1%
CASINO	10,3%
SYSTEME U	9,1%
PROVERA (CORA)	3,3%

16. Comme le soulignent les tableaux ci-dessus, Carrefour et Casino occupent une place significative sur les trois formats de magasins que sont les hypermarchés, les supermarchés, y compris le hard discount, et le commerce de proximité. Les groupes Leclerc, Auchan et Système U, opérateurs importants sur les formats de l'hypermarché et du supermarché, sont peu présents sur le marché du commerce de proximité. Encore plus spécialisés, le groupe Cora est surtout présent sur le format des hypermarchés, tandis que le groupement Intermarché est quasi-exclusivement présent sur le format des supermarchés, y compris le segment des hard-discount (avec l'enseigne Netto). Enfin, les opérateurs de hard-discount sont exclusivement présents sur ce type de magasins.

2. LES MODES DE FONCTIONNEMENT DES GROUPES DE DISTRIBUTION

17. Les groupes de la grande distribution à dominante alimentaire opèrent soit sous le format coopératif, soit sur le modèle de l'intégration (ou « succursaliste »). Les groupes ayant opté pour l'intégration sont des groupes cotés (Casino, Carrefour), familiaux (Auchan) ou étrangers (Lidl et Aldi). Les groupes E. Leclerc, ITM Entreprises et Système U ont quant à eux opté pour le modèle coopératif. Dans le cadre de leur développement, la plupart des groupes intégrés s'appuient également sur la franchise, notamment Carrefour et Casino sur les formats des supermarchés et de la proximité.
18. Compte tenu de la variété des modèles organisationnels et contractuels rencontrés dans le cadre de l'instruction du présent avis, les termes génériques « magasin indépendant » et « magasin affilié » désignent l'ensemble des magasins affiliés à un groupe de distribution et exploités par des commerçants indépendants, responsables de l'exploitation du ou des magasins dont ils sont les gérants. Il s'agit donc, soit de magasins indépendants affiliés à l'un des groupements coopératifs nationaux ou régionaux, soit de magasins indépendants affiliés à l'un des groupes intégrés par un contrat de franchise ou assimilé, et/ou par un contrat de location-gérance.
19. Les groupements coopératifs ou, plus précisément, les groupements de commerçants associés, sont des associations d'entrepreneurs juridiquement et financièrement indépendants les uns des autres, disposant d'un statut juridique spécifique (en général, une société anonyme coopérative de commerçants à capital variable - articles L. 124-1 et suivants du code de commerce). Un tel groupement est géré par les actionnaires adhérents de la coopérative, qui sont aussi propriétaires des points de vente, selon un système de gouvernance démocratique (« un associé, une voix ») et ce, dans des règles communes de

fonctionnement, formalisées par des statuts et un règlement intérieur¹⁰. Ces deux documents constituent le socle juridique de tout groupement coopératif. Dans certains groupements, ils peuvent être complétés par d'autres documents juridiques qui permettent de formaliser les droits et obligations de chacun (contrat d'enseigne ou contrat d'adhésion, par exemple).

20. L'objet social du groupement est la mise en commun de moyens (centrale d'achat, enseignes et concept de vente, politiques commerciales, moyens financiers, etc.) pour le développement conjoint d'outils et d'actions destinés à assurer la compétitivité des points de vente. L'un des moyens développés en commun par les membres du groupement est la centrale d'achat ou de référencement.¹¹ Celles-ci gèrent les achats de leurs affiliés en leur offrant les services suivants : étude des produits, recherche de fournisseurs, négociation des achats, et, dans certains cas, activités de répartition, d'organisation et de documentation. En vertu du principe « d'exclusivisme coopératif » prévu par la loi, ces services sont réservés à l'usage exclusif des adhérents à la centrale, à laquelle ils sont liés par un contrat. A la structure horizontale du groupement de distributeurs-détaillants peut donc s'ajouter une relation verticale liant les détaillants et leur centrale d'achat ou de référencement. D'autres contrats peuvent formaliser une relation verticale du même type, comme les contrats de panonceau, d'enseigne, d'affiliation¹² ou de franchise¹³.
21. Au final, le magasin indépendant dispose donc d'une liberté de décision en matière de politique commerciale (prix, assortiment, opérations promotionnelles), dans les limites de la politique commerciale décidée par le groupement et précisée dans les statuts et les règles de fonctionnement. A l'inverse, dans un groupe de distribution intégré, le magasin est détenu et géré par le groupe de distribution qui décide seul de la politique commerciale du magasin et qui s'appuie sur un salarié pour la mettre en œuvre. Pour certains formats, toutefois, il est apparu préférable de laisser une plus grande indépendance au gérant du magasin, à la fois pour accroître ses incitations à la performance et pour profiter de la meilleure information dont il dispose sur les conditions de marché locales. Le groupe de distribution peut alors franchiser des magasins, qui lui auront été apportés par des entrepreneurs ou qu'il aura lui-même contribué à implanter. Dans certains cas, le groupe de distribution est propriétaire des murs ou du foncier sur lequel est implanté le magasin. Il peut aussi être associé à la société d'exploitation gérant le magasin franchisé.
22. Du fait de la combinaison de magasins fonctionnant sous le modèle coopératif et de magasins recourant au modèle de la franchise, la place des magasins dits « indépendants », entendus comme ceux exploités par une société indépendante d'un groupe de distribution ou seulement associée à l'un d'eux, est majoritaire sur les trois formats de distribution. Ainsi, les principaux groupes de distribution du secteur ont déclaré exploiter, au total,

¹⁰ Ainsi, la société ITM Entreprises, société par actions simplifiée, est intégralement détenue par une société civile, la société civile des Mousquetaires. Les associés de la société civile des Mousquetaires sont tous des adhérents exploitant un point de vente, avec chacun une même voix délibérative, selon le principe « *un homme, une voix* ».

¹¹ Contrairement à la centrale d'achats, la centrale de référencement n'achète pas les produits mais sélectionne seulement des produits ou des fournisseurs auprès desquels les membres du réseau peuvent acheter à des prix convenus.

¹² Certains groupements accueillent désormais des « *personnes alliées* », signataires de contrats de licence de marque, par exemple pour le groupement E. Leclerc, en vertu des articles 6 et 6 bis des statuts, couramment dénommées « *les affiliés* ».

¹³ A titre d'illustration, ITM Entreprises a la qualité de franchiseur et conclut, à ce titre, des contrats d'enseigne assimilables à des contrats de franchise avec les sociétés détenues par des adhérents aux fins de leur permettre d'exploiter des magasins sous l'une ou l'autre des enseignes du groupement des Mousquetaires.

1 376 magasins de format hypermarché dont 871, soit 63,3 %, sont des magasins affiliés fonctionnant sous le modèle coopératif. Très peu d'hypermarchés sont franchisés. La place des magasins « indépendants » est encore plus marquée sur le format des supermarchés (hors hard discount) : sur un total déclaré par les différents opérateurs interrogés au cours de l'instruction de 4 599 supermarchés, 1 353, soit 29,4 %, sont des magasins intégrés et 3 246, soit 70,6 %, sont des magasins affiliés ou franchisés. Enfin, sur le format du commerce de proximité, les différentes enseignes interrogées exploitent au total 9 995 magasins de proximité dont 2 309, soit 23 %, sont des magasins intégrés et 7 686, soit 77 %, sont des magasins indépendants. Au final, seul le segment du hard discount est majoritairement opéré par des magasins intégrés : sur un total déclaré de 4 241 magasins, 3 500, soit 82 %, sont des magasins intégrés (groupes Aldi et Lidl) et 741, soit 18 %, sont des magasins affiliés, essentiellement sous enseignes Ed (groupe Carrefour), Leader Price (groupe Casino) et Netto (groupe Intermarché).

C. LE DEGRÉ DE CONCENTRATION DU SECTEUR

23. Seront d'abord présentées plusieurs considérations méthodologiques relatives à la délimitation des marchés et au degré de concurrence susceptible d'exister entre les magasins indépendants exploités sous une même enseigne (1), puis seront dressés les constats tirés de l'exploitation de bases de données publiques ou constituées à partir des informations transmises par certains des opérateurs du secteur (2). Les tableaux quantitatifs décrivant, à partir des bases de données constituées lors de l'instruction, la structure des zones de chalandises figurent en annexe.

1. CONSIDÉRATIONS MÉTHODOLOGIQUES SUR LA MESURE DU DEGRÉ DE CONCENTRATION DES ZONES DE CHALANDISE, LA DÉLIMITATION DES MARCHÉS PERTINENTS ET LA CONCURRENCE ENTRE LES MAGASINS INDÉPENDANTS D'UNE MÊME ENSEIGNE

24. Les précisions méthodologiques apportées ci-après concernent l'indice de référence utilisé pour évaluer le degré de concentration d'un marché (a), la délimitation des marchés pertinents (b) et le degré de concurrence susceptible d'exister entre les magasins indépendants exploités sous une même enseigne (c).

a) L'indice fréquemment utilisé par les autorités de concurrence pour appréhender le degré de concurrence d'un secteur est l'indicateur Herfindhal-Hirschmann

25. Pour appréhender le degré de concurrence susceptible d'exister sur un marché pertinent, les autorités de concurrence recourent fréquemment, en première approximation, au calcul de l'indicateur d'Herfindhal-Hirschmann ou IHH¹⁴. Celui-ci se définit comme la somme des parts de marché au carré des opérateurs du marché : ainsi, l'utilisation des données du tableau figurant au paragraphe 15 conduit à un IHH de 1365 ($23.9^2 + 16.9^2 + \text{etc.}$).

¹⁴ Cf. *Horizontal Merger Guidelines (for public comment)*, Federal Trade Commission and US Department of Justice, 2010 ; lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Commission européenne, 2004/C 31/03 ; Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, Autorité de la concurrence, 2009.

26. Le niveau de l'IHH dépend alors de deux facteurs : le nombre d'opérateurs, puisque moins ils sont nombreux, plus leurs parts de marchés respectives sont élevées, et l'asymétrie de parts de marché entre ces opérateurs, le poids d'un grand opérateur étant surpondéré par la multiplication de sa part de marché par elle-même. Ainsi, moins le nombre d'opérateurs actifs sur un marché est élevé et/ou plus leurs parts de marché sont asymétriques, plus l'IHH est élevé.
27. À titre d'illustration, les nouvelles lignes directrices relatives à l'examen des opérations de concentration par les autorités de concurrence américaines proposent une classification des marchés en trois types¹⁵ : peu concentrés lorsque l'IHH est inférieur à 1 500, moyennement concentrés lorsque l'IHH est compris entre 1 500 et 2 500 et très concentrés lorsque l'indicateur IHH est supérieur à 2 500. De façon relativement similaire, l'Autorité de la concurrence, comme d'ailleurs la Commission européenne, a estimé, dans ses lignes directrices sur le contrôle des concentrations, qu'« *il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence horizontaux sur un marché dont l'IHH à l'issue de la concentration sera inférieur à 1 000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie. Il est également peu probable que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta [l'augmentation de l'IHH due à l'opération de concentration] est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est inférieur à 150. Pour les concentrations verticales ou conglomérales, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence, si l'IHH après l'opération est inférieur à 2 000* ».
28. Partant de ces différents constats, un seuil d'IHH intermédiaire de 2 200 a donc été employé dans le présent avis pour identifier les zones de chalandise concentrées. Conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence dans ce secteur, la mesure des parts de marché est effectuée à partir des surfaces de vente des magasins, et non de leur chiffre d'affaires.

b) La délimitation des marchés pertinents de la distribution de détail

29. Ainsi qu'il l'a déjà été mentionné, le secteur français de la grande distribution à dominante alimentaire est relativement concentré : au premier semestre 2009, les six principaux groupes, tous d'origine française (Auchan, Carrefour, Casino, E. Leclerc, ITM Entreprises et Système U), détenaient cumulativement près de 85 % de parts de marché au premier semestre 2009. Pour autant, l'indicateur de Herfindhal-Hirschmann calculé à partir des données de parts de marché présentées dans le tableau « Parts de marché des principaux groupes de distribution en 2009 » (cf. paragraphe 15) n'est « que » de 1 365, une valeur relativement éloignée des seuils au-delà desquels l'intensité de la concurrence pourrait, en première analyse, être considérée comme limitée.
30. Toutefois, la part de marché des groupes de distribution, au niveau national et tous formats de magasins confondus, n'est utile que pour fournir une mesure synthétique de la concentration du secteur et pour appréhender la part de marché des « fournisseurs » des magasins que sont les différentes centrales d'achats et de référencement des groupes de distribution. En l'occurrence, il peut donc apparaître que sur ce marché « amont », l'intensité de la concurrence que les différents groupes de distribution sont susceptibles de se livrer pour approvisionner les magasins indépendants et/ou devenir leurs franchisés est

¹⁵ Cf. *Horizontal Merger Guidelines (for public comment)*, Federal Trade Commission and US Department of Justice, 2010, p.19.

donc potentiellement importante, sous réserve toutefois que les contrats liant les magasins indépendants à leurs têtes de réseaux leur permettent effectivement une telle mise en concurrence.

31. Du point de vue du consommateur, en revanche, cette mesure de la concentration peut apparaître comme insatisfaisante car ne tenant pas compte de la délimitation par type de magasin et par zone géographique du marché pertinent où se situe la demande des consommateurs individuels.
32. Ainsi, si les marchés « amont » sont bien de dimension nationale, les marchés aval, quant à eux, revêtent une dimension locale du fait des coûts et du temps de transport subis par les consommateurs individuels lors de leurs déplacements vers les magasins. De fait, la relation entre niveaux de prix et intensité de la concurrence sur la zone de chalandise a fait l'objet de plusieurs études¹⁶. Leurs conclusions sont de deux ordres. Premièrement, l'intensité de la concurrence au niveau local influence effectivement le niveau de prix constaté en magasin. Deuxièmement, l'entrée en vigueur de la loi Galland a atténué la force de cette relation : en effet, les négociations portant alors essentiellement sur le niveau des marges arrière, le seuil de revente à perte ne pouvait tenir compte de leurs résultats et les magasins ne disposaient donc plus que d'une marge de manœuvre limitée pour diminuer leurs prix si la concurrence sur la zone de chalandise était forte. A contrario, en permettant la libre négociation des tarifs et en autorisant les répercussions des avantages tarifaires obtenus par les centrales d'achat dans les prix de revente des magasins, la réforme des relations fournisseurs-distributeurs portée par la loi de modernisation de l'économie devrait logiquement entraîner une forte variabilité des prix de vente selon le degré de concurrence observé sur la zone de chalandise.
33. Dans ses décisions récentes¹⁷ relatives à des opérations de concentration concernant des hypermarchés ou des supermarchés, l'Autorité de la concurrence a rappelé que, selon le type de magasins concernés, les conditions de la concurrence devaient s'apprécier sur deux zones différentes : i) une première zone où se rencontrent la demande des consommateurs d'une zone et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès en moins de 30 minutes de déplacement en voiture et ii) une seconde zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et des autres formes de commerce équivalentes, situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture, ces dernières formes de commerce pouvant comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés et les magasins discompteurs. Enfin, dans sa décision n° 10-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, l'Autorité de la concurrence a délimité un marché pertinent du commerce d'alimentation générale de proximité incluant l'ensemble des magasins d'une surface inférieure à 1 000 m² et les magasins de maxi-discount¹⁸.

¹⁶ K. Berger (2004), « Quel est l'impact de la concurrence des surfaces de type *discount* sur les prix des hypermarchés à dominante alimentaire ? » *Revue de la concurrence et de la consommation*, juillet – août – septembre, 2004, n°139. P. Biscourp, X. Boutin et T. Vergé, « The effects of retail regulations on prices : evidence from French data », document de travail, 2008. UFC-Que Choisir (2008), « Concurrence locale sur les zones de chalandise et niveaux de prix : quelle relation ? ». Le rôle de la concurrence locale sur les niveaux de prix a également été démontré dans le cas des marchés britanniques de la vente au détail de produits alimentaires en grandes surfaces : cf. *Competition Commission* (2009) *Grocery Report*.

¹⁷ Cf., par exemple, la décision n° 10-DCC-124 du 6 octobre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Chepar par la société ITM Alimentaire Sud Est, paragraphe 11.

¹⁸ D'autres critères peuvent néanmoins être pris en compte pour évaluer l'impact d'une concentration sur la situation de la concurrence sur les marchés de la distribution de détail, ce qui peut conduire à affiner, au cas d'espèce, les délimitations usuelles présentées ci-dessus. En particulier, la distinction entre les trois formats, à

c) Sur le degré de concurrence susceptible d'exister entre les magasins indépendants d'une même enseigne

34. S'agissant d'appréhender l'étendue de la concurrence que se livrent des magasins affiliés à une même enseigne et implantés sur une même zone de chalandise, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence en matière de concentration indiquent (paragraphe 594 et suivants) : « *Les notions d'influence déterminante et de pouvoir de marché ne se recouvrent pas. De ce fait, même si la tête de réseau ne contrôle pas le magasin d'un adhérent (franchisés, concessionnaires, adhérents coopérateurs, ...), les ventes de ce dernier pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre pour les besoins de l'analyse concurrentielle, en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les adhérents indépendants du réseau. L'Autorité examine au cas par cas s'il convient de considérer que, sur une même zone de chalandise, les magasins contrôlés par la tête de réseau, d'une part, et ceux exploités sous la même enseigne, mais que la tête de réseau ne contrôle pas, d'autre part, sont susceptible d'exercer une pression concurrentielle les uns sur les autres* ».
35. De fait, si, théoriquement, les magasins indépendants opérant sous une même enseigne sont à même de se concurrencer les uns les autres en exploitant leur autonomie en matière de définition de leur politique commerciale, plusieurs facteurs sont susceptibles de limiter l'intensité de cette concurrence. Premièrement, la politique commerciale d'un magasin ne se limite pas à la politique tarifaire : elle comprend également les politiques d'assortiment, de promotion, de fidélisation de la clientèle, d'enseigne et d'image, etc. Or, sur ces différents aspects, la tête de réseau est en mesure d'influer significativement, voire de déterminer, la stratégie suivie par les magasins indépendants. Ainsi, le plus souvent, la tête de réseau définit un assortiment commun à tous les magasins exploités sous une même enseigne, que ces derniers ont l'obligation d'appliquer et ce, afin de respecter l'image et l'identité commune de l'enseigne. En particulier, la politique suivie en matière de marques de distributeurs doit être uniforme pour tous les magasins indépendants d'une enseigne, qui ne peuvent référencer de produits sous marques de distributeurs concurrentes.
36. Deuxièmement, la liberté tarifaire des magasins indépendants est atténuée par au moins deux facteurs. D'une part, depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, les groupements coopératifs peuvent pratiquer des prix communs toute l'année, « *par la réalisation d'opérations commerciales publicitaires ou non pouvant comporter des prix communs* ». D'autre part, les magasins indépendants, qu'ils soient membres d'un groupement coopératif ou franchisés d'un groupe intégré, s'approvisionnent très majoritairement (cf. *infra* paragraphes 73 et suivants) auprès de la centrale d'achat ou de référencement du groupe dont ils dépendent. En maîtrisant les prix d'achat d'une part très importante des produits vendus par les magasins indépendants, le groupe de distribution maîtrise ainsi en partie leur politique commerciale et l'aptitude des magasins indépendants à se faire concurrence entre eux ou à concurrencer les magasins intégrés de ce même groupe.
37. Pour ces différentes raisons, la concentration des marchés de détail sera appréhendée au niveau du groupe de distribution, considérant ainsi que les magasins indépendants affiliés à un même groupe n'exercent pas les uns sur les autres la même pression concurrentielle que des magasins indépendants ou des magasins intégrés de groupes de distribution

savoir hypermarché, supermarché et magasin de proximité, n'est donc pas toujours aisément appréhendable à partir des seules indications de surfaces commerciales.

concurrents. A ces raisons de fond s'ajoute en outre une difficulté pratique : hormis pour le cas des hypermarchés, dont très peu sont exploités en franchise, il s'est avéré impossible d'identifier, sur chaque zone de chalandise, les magasins franchisés et les magasins intégrés et donc de calculer des indices de concentration distinguant les magasins indépendants des magasins intégrés.

2. SUR LE DEGRÉ DE CONCENTRATION CONSTATÉ DANS LES ZONES DE CHALANDISE

38. Tant les études UFC-Que choisir et Asterop (a) que les statistiques établies à partir du catalogue LSA Focus Alimentaire et des données fournies par les opérateurs (b) aboutissent à la conclusion d'un degré de concentration élevé du secteur de la distribution alimentaire.

a) Un degré de concentration élevé des zones de chalandise selon les études UFC-Que Choisir et Asterop...

39. La concentration des zones de chalandise a déjà fait l'objet de deux études concluant chacune à son degré élevé. Ainsi, en 2008, l'Union Française des Consommateurs a publié une étude concluant que, sur 634 zones de chalandise étudiées, « 26,9 % des zones sont potentiellement concurrentielles, 36,9 % le sont moyennement et 32,9 % ne le sont pas »¹⁹. Une zone moyennement concurrentielle comprend, en plus de l'hypermarché au centre de la zone, deux hypermarchés dans la zone primaire ou quatre hypermarchés dans la zone secondaire. Toutefois, la définition des zones de chalandise employée par l'UFC ne correspond pas à celle utilisée en droit de la concurrence²⁰ et il est probable que celles-ci soient relativement plus étendues²¹. En outre, la mesure de l'intensité concurrentielle s'effectue par le comptage du nombre d'hypermarchés sans qu'il soit tenu compte de leur surface de vente.
40. La même année, une étude du cabinet de géolocalisation Asterop²² a également conclu à un faible degré de concurrence dans les zones de chalandise de la grande distribution à dominante alimentaire. Cette étude définit la zone de chalandise comme une zone de vie

¹⁹ UFC-Que Choisir (2008), « Concurrence locale sur les zones de chalandise et niveaux de prix : quelle relation ? ».

²⁰ Concrètement, la zone de chalandise appréhendée par l'étude UFC-Que Choisir est supposée être composée d'une zone « primaire » et d'une zone « secondaire ». « La zone primaire est définie comme la zone qui permet d'atteindre le potentiel théorique de l'hypermarché de 2,71 ménages par mètre carré. Pour être plus précis, dans la zone primaire il y a en moyenne 2,71 ménages par mètre carré, ce qui constitue la norme à atteindre pour un hypermarché car elle est représentative de ce qui est observé au niveau national. En effet, ce chiffre est obtenu en comparant, France entière, le nombre total de m² en hypermarchés et le nombre de ménages couverts, soit 80% de population totale. La zone primaire est la plus importante, la plus proche, et elle fournit l'essentiel du chiffre d'affaires. Par conséquent, c'est sur cette dernière que la concurrence est le plus dommageable. La zone secondaire est définie comme la zone permettant d'atteindre, au total, un potentiel de ménages 50% plus important que dans la seule zone primaire. Les enseignes situées sur la zone secondaire vont donc concurrencer le point de vente mais n'auront pas le même impact sur son résultat ».

²¹ En effet, le rapport indique ne quasiment pas prendre en compte les hypermarchés situés à plus de dix minutes de l'hypermarché situé au centre de la zone (p. 8) alors que, dans le cas des hypermarchés, le rayon d'une zone de chalandise en droit de la concurrence est d'environ 30 minutes de trajet en voiture, soit, en raisonnant sur la base d'une vitesse de circulation de 50 km/h, un rayon d'environ 25 kilomètres.

²² Étude « Local Enseignes GMS », mars 2008.

organisée autour d'un « *pôle attracteur* »²³. Le territoire français a ainsi été segmenté en 629 zones de vie et quatre situations concurrentielles ont été distinguées : « *leadership* », « *duels* », « *triangulaires* » et « *quadrangulaires* »²⁴. 58 % des zones présenteraient une situation de « *leader* », 30 % une situation de « *duels* », 9 % une situation de « *triangulaire* » et 2 % une situation de « *quadrangulaire* ». Toutefois, la typologie des structures de marché employée peut apparaître comme exagérément restrictive, un opérateur étant considéré comme « *leader* » dès lors que sa part de marché excède 25 % et que celle de son concurrent le plus proche lui est inférieure de plus de 10 ou 15 points de pourcentage : il s'agit donc d'une définition extrêmement souple du pouvoir de marché ou de la position dominante.

41. L'Autorité a donc cherché à affiner, de différentes manières, cette mesure du degré de concentration des zones de chalandise, avec pour objectif de rendre les méthodes de mesure plus cohérentes avec celles utilisées en droit de la concurrence et plus complètes, intégrant notamment les formats du commerce de proximité et des supermarchés.

b) ...confirmé par les données recueillies dans le cadre de la préparation de l'avis

Sur les bases de données utilisées

42. Plusieurs bases de données ont été utilisées pour évaluer le degré de concentration des zones de chalandise, qui se différencient, notamment, selon le format étudié et selon son mode d'élaboration.
43. Ainsi, pour le format des hypermarchés, deux bases de données ont été exploitées.
44. La première est tirée du Focus Alimentaire LSA. Celui-ci décrit 629 zones de vie définies selon la méthode du « *pôle attracteur* » du cabinet Asterop (cf. *supra* paragraphe 40), en indiquant, notamment, les principales surfaces commerciales présentes sur la zone, leur superficie et leur enseigne, ainsi qu'une estimation de la demande potentielle sur la zone. Ce n'est toutefois que pour 208 de ces zones que le Focus Alimentaire LSA propose un recensement des hypermarchés présents. En pratique, ce recensement est possible lorsque leur nombre est restreint ; dans le cas contraire, seuls les hypermarchés les plus importants sont décrits, rendant impossible un calcul de parts de marché en surface commerciale sur la zone.
45. La seconde est issue des déclarations mêmes des opérateurs. Quatre des principaux opérateurs de la grande distribution ont ainsi décrit les zones de chalandise sur lesquelles l'un de leurs hypermarchés détenait une part de marché, en surface de vente et en additionnant les parts de marché des différents magasins du groupe de distribution sur la zone, supérieure à 30 %. La définition proposée des zones de chalandise était celle adoptée

²³ « *Un pôle attracteur est caractérisé par une forte offre en termes d'emplois, de commerces et de services (y compris les services régaliens). Une zone de vie est donc considérée comme un espace autonome du point de vue de l'ensemble des activités de la vie quotidienne (travail, éducation, achats, loisirs...). Le concept de zone de vie a été créé à la suite des travaux de l'INSEE sur les bassins de vie, qui visent à organiser l'espace rural autour de pôles locaux exerçant un pouvoir attracteur sur les communes les environnant. ASTEROP a élargi cette approche à l'espace urbain et à l'ensemble des activités commerciales* ».

²⁴ Une situation de « *leader* » est celle où le principal opérateur de la zone détient une part de marché supérieure à 25%, et supérieure de plus de 15 points à celle de son suiveur immédiat si sa part de marché est supérieure ou égale à 40% et de 10 points si sa part de marché est inférieure à 40%. Une situation de « *duel* » est celle où, en l'absence de leader identifiable, deux acteurs se partagent l'essentiel du marché. Une situation de « *triangulaire* » ou « *quadrangulaire* » est celle, où en l'absence de leader ou de duels, 3, 4 ou plus d'acteurs sont présents.

par le Conseil puis l'Autorité de la concurrence et reprise *supra*, les zones de chalandise étant toutefois délimitées autour des hypermarchés et des supermarchés considérés²⁵.

46. Une base de données de nature similaire a été utilisée pour la description des zones de chalandises correspondant au format des supermarchés, dont le degré de concentration n'avait jusqu'à présent jamais fait l'objet d'une estimation. Toutefois, seules les données transmises par deux groupes de distribution ont pu être exploitées.
47. En dernier lieu, le format du commerce d'alimentation générale de proximité a également été étudié, et ce à partir des déclarations des opérateurs. La demande d'informations qui leur a été transmise a considéré un échantillonnage des villes françaises de plus de 25 000 habitants. Plus précisément, elle a, d'une part, recensé les villes de plus de 100 000 habitants (soit 37 villes), d'autre part sélectionné au hasard 130 villes dont la population est comprise entre 25 000 et 100 000 habitants. S'appuyant sur la délimitation de marché retenue par l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 10-D-08, la demande d'informations vise à recenser la part de marché en surface des magasins des enseignes répondantes et de leurs concurrents sur un marché des magasins à dominante alimentaire d'une surface comprise entre 0 et 1000 m², accessibles à pied. La base de données qui en résulte présente donc le nombre et la part de marché en surface des magasins implantés au sein de ces communes²⁶.

Sur les nécessaires précautions d'interprétation

48. Aucune des bases de données employée n'est exempte de limites et il convient de les garder à l'esprit lors de l'interprétation des résultats. En particulier, la limite commune aux bases de données employées pour évaluer le degré de concentration est de n'utiliser qu'un échantillon de zones de chalandise.
49. Dans le cas des hypermarchés et des supermarchés, l'échantillonnage est biaisé et est susceptible de majorer le degré de concentration car seules les zones comprenant un nombre limité d'hypermarchés (cas de la base LSA-Focus alimentaire) ou sur lesquelles un groupe de distribution détient d'emblée une part de marché supérieure à 30 % (cas des bases de données sur les hypermarchés et les supermarchés issues des déclarations des groupes de distribution) sont étudiées. Pour compenser ce biais, le nombre de zones de chalandise concentrées identifiées est rapporté au nombre total de magasins ou de zones sur le territoire français. Dès lors, les chiffres présentés doivent être considérés comme des minorants du degré réel de concentration des zones de chalandise.

²⁵ La définition économiquement plus pertinente de zones de chalandises centrées sur des bassins de consommation a été écartée par les opérateurs dans la mesure où l'identification des principaux bassins de vie pour chaque hypermarché ou supermarché aurait entraîné des délais de réponse significativement plus importants.

²⁶ Pour des raisons de disponibilité statistique des données, les magasins d'une surface inférieure à 100 m² n'ont pas été pris en compte dans la base de données. En revanche, sont inclus dans la base tous les magasins implantés dans une commune, qu'il s'agisse de commerces de centre-ville ou de périphérie. De ce fait, la base comprend ainsi de nombreux magasins de hard-discount. En dernier lieu, les magasins Monoprix, dont la surface est fréquemment supérieure à 1000 m², n'ont été pris en compte qu'à hauteur d'une surface de 1000 m², reflétant de façon approximative la part des produits alimentaires dans leur chiffre d'affaires, et comptabilisés au sein du groupe Casino, conformément à la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 2 octobre 2000 au conseil de la société Casino relative à la prise de participation de ce groupe dans le capital de Monoprix. La prise en compte de la totalité des surfaces de vente des magasins Monoprix ou la distinction entre les magasins Monoprix et les autres enseignes du groupe Casino conduisent, respectivement, à accroître et à diminuer le niveau de concentration des marchés étudiés.

50. Pour ce qui concerne le commerce de proximité, l'échantillon employé ne reflète pas nécessairement la structure de population et de demande des villes françaises. En particulier, les villes les plus importantes sont naturellement surreprésentées. À nouveau, puisque le degré de concentration tend à diminuer avec la demande, la proportion de villes identifiées comme présentant un marché du commerce de proximité à dominante alimentaire concentré est minorée par rapport à son niveau réel.

Sur le degré de concentration des zones de chalandise constaté

51. Trois paramètres décrivant la structure concurrentielle des zones de chalandise comprises dans les bases de données ont été calculés.
- En premier lieu, les tableaux figurant en annexe de cet avis présentent la proportion de zones de chalandise où un groupe de distribution (parmi ceux ayant répondu à la demande d'informations) est susceptible d'être dominant. Ces zones de chalandise susceptibles d'être dominées sont définies de façon restrictive comme celles où le groupe de distribution répondant détient plus de 60 % des surfaces commerciales présentes sur la zone de chalandise, celles où il détient plus de 50 % de ces surfaces commerciales et où aucun groupe de distribution concurrent n'en détient plus de 15 %, et, enfin, celles où le groupe de distribution répondant détient plus de 40 % des surfaces commerciales présentes sur la zone et où aucun des groupes de distribution concurrents n'en détient plus de 10 %.
 - En deuxième lieu, ces tableaux présentent également la proportion de zones de chalandise dont la structure de marché peut être qualifiée de duopolistique (les deux principaux opérateurs de la zone détiennent une part de marché supérieure à 90% sur la zone étudiée) ou d'oligopolistique (les trois ou les quatre premiers opérateurs de la zone détiennent une part de marché en surface supérieure à 90 % sur la zone étudiée).
 - Enfin, les tableaux présentent l'indice de concentration médian calculé pour les zones échantillonnées et la proportion de zones (calculée sur l'ensemble des magasins des groupes de distribution répondant) pour lesquelles l'indice de concentration est supérieur à 2 200.
52. Pour ce qui concerne le format des hypermarchés, entre 4 et 9 % au moins des zones de chalandise comprises dans les bases de données sont susceptibles d'être dominées par un unique groupe de distribution. Au moins 30 % des zones de chalandises décrites voient s'affronter moins de quatre opérateurs. Au final, au moins 43 % des zones de chalandise présentent un IHH supérieur à 2 200 (cf. Annexes 1 et 2).
53. Le degré de concentration est inférieur pour ce qui concerne les supermarchés. En effet, sur ce format, la prise en compte des magasins de hard-discount et des hypermarchés fait plus que compenser la restriction à 15 minutes de la zone de chalandise. Plus précisément, la proportion des zones de chalandise où les deux opérateurs ayant répondu à notre demande d'informations sont susceptibles de détenir une position dominante est – au moins – de 3,7 %. Au moins 14 % de ces zones ne voient s'affronter que quatre groupes de distribution – ou moins. Enfin, au moins 20 % des zones de chalandise où sont présents les deux groupes de distribution ayant répondu à la demande d'informations pour ce format présentent un IHH supérieur à 2 200 (cf. Annexe 3).
54. Enfin, concernant le format de proximité, la proportion de communes de notre échantillon où un groupe de distribution est susceptible de détenir une position dominante est de 14 %.

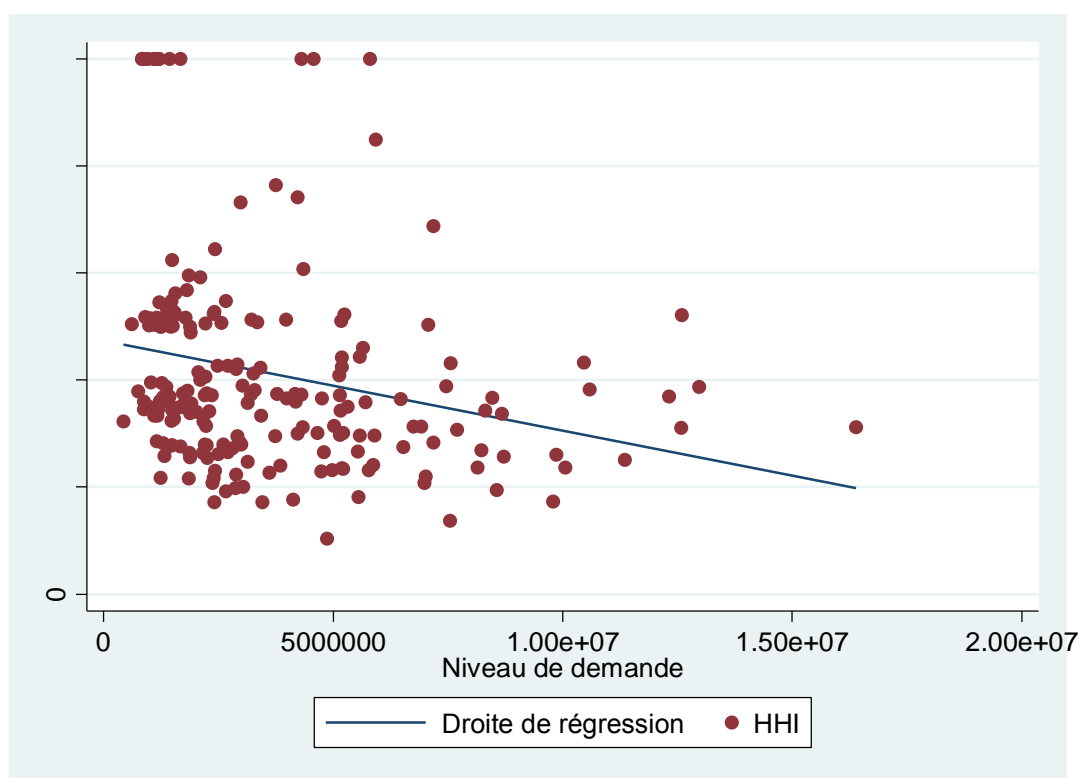
21 % des communes étudiées présentent une structure de marché en triopole et 34 % d'entre elles une structure de petit oligopole à quatre opérateurs. Au final, environ 70 % des communes étudiées présentent un secteur du commerce alimentaire de proximité où quatre opérateurs concentrent plus de 90 % de la surface de vente et 87 % des communes échantillonnées présentent un IHH supérieur à 2 200. Bien que moins élevé dans le cas des villes de plus de 100 000 habitants, le degré de concentration du commerce alimentaire de proximité demeure important : un opérateur détient ainsi une position susceptible d'être qualifiée de dominante dans trois de ces villes, soit 8 % de l'échantillon, et quatre opérateurs détiennent plus de 90 % des parts de marché dans 40 % des 37 villes étudiées. L'IHH est supérieur à 2 200 pour 25 de ces 37 communes de plus de 100 000 habitants (cf. Annexe 4).

55. A cet égard, le cas de la ville de Paris est particulièrement frappant. L'opérateur leader du commerce alimentaire de proximité dans la capitale, le groupe Casino, y détient en effet une part de marché en surface commerciale de plus de 60%, tandis que son suivant immédiat, le groupe Carrefour, présente une part de marché inférieure à 20%. Au final, si au moins huit groupes de distribution sont présents dans la capitale, l'indicateur d'Herfindhal-Hirschmann y atteint – quasiment – le seuil exceptionnellement élevé de 5 000. Cette structure de marché a pour origine d'une part la prise de participation du groupe Casino (plus de 40% de part de marché en surface) dans Monoprix (plus de 20% de part de marché en surface), d'autre part l'obstacle à l'arrivée de nouveaux opérateurs que continuent de constituer les coûts élevés de l'immobilier commercial dans la capitale, soulignés par la quasi-totalité des opérateurs interrogés.

Sur les déterminants du degré de concentration constaté

56. La demande, mesurée par le nombre de ménages habitant la zone de chalandise multiplié par le niveau de revenu moyen, exerce une influence significative sur le degré de concentration des zones de chalandise.
57. À titre d'illustration, le graphique ci-dessous présente, en fonction du niveau identifié sur l'axe des abscisses, l'IHH par zone de chalandise comprise dans la base de données tirée du catalogue LSA-Focus alimentaire. Une corrélation négative peut clairement être identifiée entre niveau de demande et degré de concentration. Parallèlement, toutefois, il peut également être constaté que pour un même niveau de demande peuvent coexister des degrés de concentration très différenciés. Bien que la relation entre niveau de demande et de concentration puisse être moins forte dans certains cas, un constat similaire peut être établi pour chacun des autres formats : en attirant de nouveaux opérateurs, l'importance de la demande tend à diminuer le niveau de concentration observé sur une zone, mais de fortes hétérogénéités peuvent néanmoins être identifiées. La demande n'est donc pas le seul facteur explicatif de la concentration des zones de chalandise.

Graphique : Niveau de demande et niveau de concentration des zones de chalandise dans la base de données tirée du catalogue LSA-Focus alimentaire



58. Les bases de données élaborées à partir des déclarations des opérateurs ou du catalogue LSA Focus alimentaire permettent également de cerner le poids des groupes de distribution dans le degré de concentration des zones de chalandise. En effet, si l'on considère, à titre d'illustration, la base de données LSA Focus alimentaire, il peut ainsi être constaté que le nombre moyen de groupes de distribution présents sur les 208 zones étudiées est de 3,13, à comparer aux 7 groupes de distribution (Leclerc, Système U, Intermarché, Auchan, Carrefour, Casino et Cora) exploitant des magasins de format hypermarché (i.e., d'une surface supérieure à 2500 m²). Surtout, le nombre de magasins présents dans ces zones est, en moyenne, plus élevé d'une unité (4,3 magasins par zone en moyenne). En d'autres termes, le degré de concentration des zones de chalandises mesuré au niveau des groupes de distribution découle en partie du fait qu'un groupe de distribution peut détenir ou affilier plusieurs magasins sur une même zone de chalandise. De fait, la part des magasins affiliés à un même groupe de distribution implantés sur une même zone de chalandise est très significative. A titre d'illustration, le groupement Leclerc détient ainsi deux magasins ou plus dans environ un quart des 208 zones de chalandise tirées du catalogue LSA Focus alimentaire. La part de marché cumulée médiane de ces magasins est alors supérieure à 32 %. De la même façon, il peut également être observé que l'IHH médian calculé sur les zones de chalandises tirées des déclarations des opérateurs (annexe 2) passe de 3 500 lorsque le taux de concentration est calculé au niveau des groupes de distribution à 2 800 lorsqu'il est calculé au niveau des magasins. En d'autres termes, si les magasins indépendants étaient transférés à des groupes de distribution qui ne soient pas encore présents sur la zone, l'IHH médian diminuerait d'environ 20 %. Ce constat est évidemment encore plus pertinent dans le cas du commerce de proximité où la grande majorité des magasins sont des magasins franchisés.

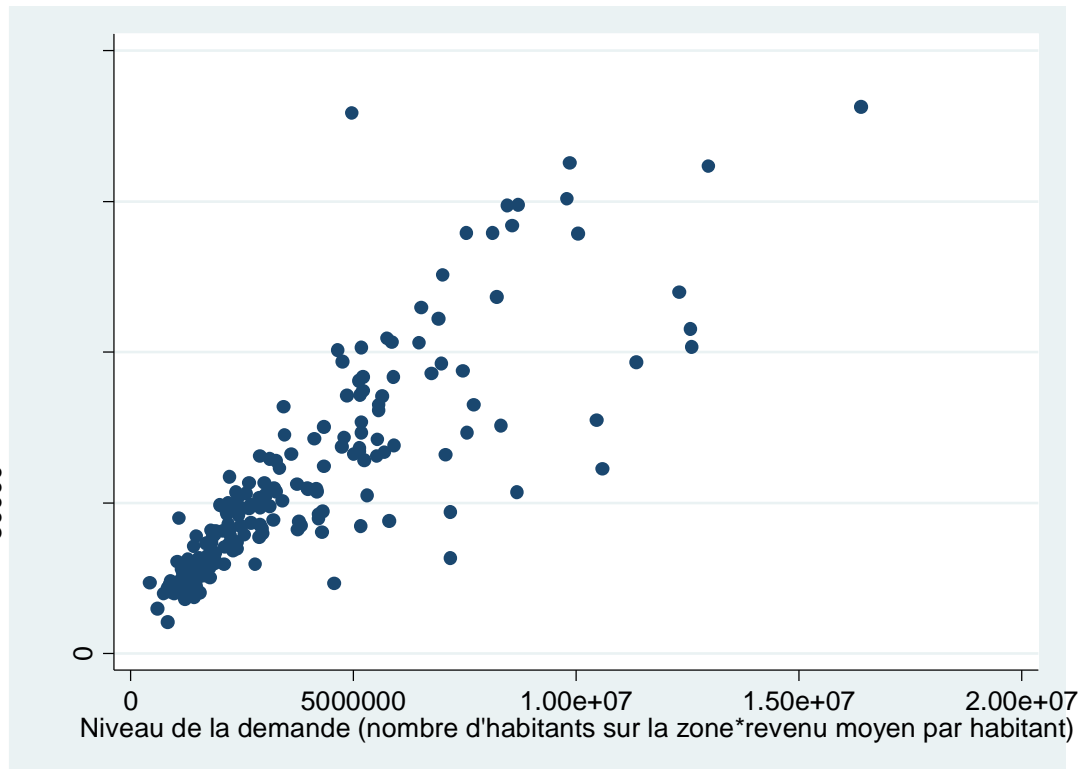
Conclusion

59. Les études antérieures de l'association UFC-Que Choisir et Asterop avaient conclu à un degré très élevé de concentration des zones de chalandise, mais s'appuyaient sur des délimitations de marché et des indicateurs de concentration éloignés de ceux utilisés en droit de la concurrence et susceptibles de biaiser à la hausse l'estimation du degré de concentration.
60. Les bases de données constituées lors de l'instruction de l'avis ont permis d'étayer le constat d'un degré de concentration élevé des zones de chalandise tout en le rendant cohérent avec les méthodologies employées en droit de la concurrence et en l'étendant aux formats des commerces de proximité et des supermarchés. Plus précisément, l'avis constate que la proportion de zones de chalandise susceptible d'être dominées par un seul opérateur est vraisemblablement inférieure à 10 %, voire à 5 % sur le format des supermarchés. En revanche, le degré de concentration élevé d'une part très significative des zones de chalandise est confirmé, notamment dans le cas des hypermarchés et du commerce de proximité. Dans le premier cas, au moins 40 % des zones de chalandise où sont présents les distributeurs ayant répondu à notre demande peuvent être considérées comme concentrées. Dans le second, c'est plus de 85 % des communes échantillonnées qui présentent un marché du commerce de proximité concentré et 65 % des communes de plus de 100 000 habitants. Le cas de Paris apparaît comme étant particulièrement frappant à cet égard puisqu'un opérateur (le groupe Casino) y détient, soit par le biais de magasins intégrés, soit par le biais de magasins affiliés, plus de 60 % de part de marché en surface de vente, son suiveur immédiat en détenant moins de 20 % (le groupe Carrefour).
61. Le degré de concentration élevé de certaines zones de chalandise découle pour partie de la moindre demande qui peut, fréquemment, y être constatée, mais pas seulement. Il provient également du fait que, dans une proportion très significative de zones de chalandise, les groupes de distribution détiennent ou affilient plus d'un magasin.

D. LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT DES OPÉRATEURS

62. Le secteur de la grande distribution présente donc un degré de concentration élevé au niveau local, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité. Celui-ci découle notamment de l'absence ou de la quasi-absence de certains groupes de distribution dans certaines zones ou sur certains formats. Ainsi, le commerce de proximité demeure majoritairement concentré autour des opérateurs Casino et Carrefour. Sur le format des hypermarchés et, à un degré moindre, des supermarchés, il demeure très fréquent qu'un groupe de distribution ne soit confronté qu'à la concurrence de deux ou trois opérateurs.
63. La très grande majorité des opérateurs ont confirmé qu'existaient encore des zones susceptibles d'accueillir de nouveaux magasins, y compris sur les formats hypermarchés. Pour illustrer les perspectives de croissance possibles, le graphique suivant, tiré du Focus Alimentaire LSA, confronte le niveau de demande de chacune des zones de chalandise définies par le cabinet Asterop avec le nombre total de m² de surface commerciale à dominante alimentaire développés. Pour un même niveau de demande coexistent donc des surfaces commerciales totales très différenciées, révélant d'importantes marges de progression en matière d'équipement commercial.

Graphique : niveau de demande constaté dans les 208 zones de chalandises tirées du catalogue LSA-Focus alimentaire et superficie totale des magasins d'alimentation sur la zone



64. Plus généralement, chaque opérateur tendant à être relativement spécialisé par région, chacun d'entre eux cherche à accroître la présence de son réseau dans les zones où il n'est pas encore implanté. En outre, le réseau d'implantation des grandes surfaces à dominante alimentaire doit s'adapter aux flux de population, et les zones en croissance de population sont donc à même d'accueillir de nouveaux magasins. De même, le modèle du hard discount conserverait un potentiel de développement important. Au niveau national, ce format ne détient encore que 14 % de part de marché, après une présence de plus de vingt années, et le nombre de magasins implantés en France (4 241 en 2010) reste très inférieur à celui constaté en Allemagne, même après prise en compte du moindre niveau de population. Au niveau régional, si la densité de magasins est très forte dans le Nord et dans l'Est, les régions Île-de-France, Paca, Rhône-Alpes, Corse et Ouest conserveraient un important potentiel de développement²⁷. Enfin, la croissance du format du commerce de proximité suscite également l'intérêt de plusieurs groupes de distribution.

E. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE DANS LE SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

65. Lors des auditions, les opérateurs ont indiqué se heurter à plusieurs barrières à l'entrée dans leurs projets de développement de magasins, quel que soit le format retenu pour s'implanter dans une zone de chalandise donnée. Celles-ci résultent principalement et

²⁷ *Linéaires*, 260, juillet-août 2010.

toujours de la réglementation entourant l'exercice de l'activité de commerce alimentaire (1), des difficultés liées à l'acquisition de foncier commercial (2) et de l'étanchéité des différents réseaux de distribution (3). D'autres barrières plus résiduelles, comme la notoriété de l'enseigne et les coûts logistiques, méritent également d'être mentionnées (4).

1. LES BARRIÈRES ADMINISTRATIVES ET RÉGLEMENTAIRES

66. Les barrières administratives et réglementaires sont l'obstacle à l'entrée le plus fréquemment mentionné et auquel la plupart des opérateurs prêtent la plus grande importance. Selon le format, celles-ci sont de différents types.
67. Sur le format des hypermarchés et des grands supermarchés (d'une surface supérieure à 1 000 m²), les opérateurs continuent de se heurter aux barrières administratives que constituent les demandes d'autorisations d'implantation auprès des Commissions Départementales d'Aménagement Commercial (CDAC). En outre, les opérateurs indiquent que ces autorisations font l'objet de nombreux recours qui accroissent sensiblement le coût, la longueur et l'incertitude liées à ces procédures d'autorisation. Selon les opérateurs, les recours initiés devant les tribunaux administratifs puis, le cas échéant, devant les cours administratives d'appel, aboutissent à des procédures contentieuses relativement longues, de l'ordre de plusieurs années.
68. Indépendamment des barrières constituées par les procédures d'autorisation d'implantation, les permis de construire font également l'objet de recours de plus en plus nombreux, tant de la part d'associations, notamment environnementales, que de concurrents de la société cherchant à s'implanter. Si ces recours ne sont pas nécessairement abusifs et si les coûts n'en sont pas réellement dissuasifs, ils ralentissent et rendent incertaine l'issue du processus d'implantation et d'ouverture de nouveaux magasins.
69. Ces différentes incertitudes conduisent les opérateurs à systématiquement assortir les actes d'acquisition de foncier commercial de conditions suspensives liées à l'obtention des différents permis d'implantation et de construction. La durée de ces clauses suspensives est en général de 18 mois et ne peut qu'exceptionnellement excéder 36 mois. Globalement, la durée d'implantation d'un hypermarché, entre la recherche du foncier commercial adéquat et la finalisation du projet, serait de sept à dix années, contre trois à cinq années dans le cas d'un supermarché. De fait, certains projets peuvent donc être abandonnés lorsque les délais liés aux différentes procédures administratives excèdent la durée permise par les conditions suspensives.

2. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE LIÉES AU FONCIER COMMERCIAL

70. Le foncier commercial destiné à accueillir un commerce alimentaire ou à dominante alimentaire doit répondre à plusieurs critères, en terme de surface (en périphérie, le foncier nécessaire à l'implantation d'une surface est quatre à six fois plus important que la surface de vente), en terme de localisation (de façon à être facilement accessible, situé à proximité des principaux bassins de vie et des axes de circulation), en terme d'agencement (pour le commerce de proximité, par exemple, il est préférable que les locaux soient de plein pied) et en terme de conformité au regard des plans locaux d'urbanisme, des schémas de cohérence territoriale et des plans d'occupation des sols. Sur ce dernier point, plusieurs opérateurs ont indiqué que certaines communes choisiraient délibérément de limiter le

développement de certains formats de distribution en mettant en place des plans locaux d'urbanisme très restrictifs, notamment en périphérie des villes.

71. En centre-ville, les contraintes administratives, opérationnelles et économiques se conjuguent pour rendre également délicates de nouvelles implantations, notamment celles supérieures à 400 m². D'une part, les immeubles permettant l'implantation d'une surface commerciale suffisamment étendue pour être attractive demeurent relativement rares. D'autre part, pour l'obtention de ces locaux, les opérateurs de la distribution alimentaire sont en concurrence avec des sociétés d'autres secteurs dont les marges supérieures leur permettent fréquemment de surenchérir sur les offres des groupes de distribution alimentaire. Enfin, les distributeurs pâtiraient à nouveau de contraintes administratives : d'une part, certains maires feraient fréquemment jouer le droit de préemption des mairies à l'encontre de la grande distribution alimentaire, d'autre part, les associations de riverains sont fréquemment opposées à l'installation de magasins alimentaires à proximité de leur logement, du fait des nuisances, notamment sonores, qu'ils peuvent engendrer.

3. L'ÉTANCHÉITÉ DES DIFFÉRENTS RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

72. L'instruction a permis de constater une forte étanchéité entre les différents réseaux de distribution alimentaire, qui résulte de la relation de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs affiliés, d'une part (b), et de la faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes, d'autre part (b).

a) L'existence d'une relation de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés

73. La plupart des documents contractuels qui ont pu être analysés dans le cadre de l'instruction de cet avis imposent aux entrepreneurs signataires une obligation de non-concurrence pendant toute la durée de la relation, interdisant à ces derniers d'exercer une activité de commerce alimentaire autre que dans le magasin en cause et de s'affilier à une enseigne concurrente.
74. En outre, si relativement peu de réseaux exigent de leurs magasins affiliés une exclusivité d'approvisionnement auprès de leur centrale, le taux de fidélité des magasins (c'est-à-dire la proportion des achats effectuée par un magasin indépendant affilié à un groupe auprès de la centrale d'achat de ce groupe) est particulièrement élevé, le plus souvent égal ou supérieur à 80 %, les autres achats concernant principalement des produits d'origine locale, les produits de boucherie et les produits frais (légumes, fruits).
75. Plusieurs caractéristiques, tant juridiques qu'économiques, des modalités d'approvisionnement des magasins permettent d'expliquer l'importance de ces taux de fidélité. Premièrement, la quasi-totalité des opérateurs exigent de leurs magasins indépendants une exclusivité d'approvisionnement pour ce qui concerne les produits vendus sous marque du distributeur. Ceux-ci tendant à représenter 30 à 40 % de l'assortiment défini par les groupes de distribution, les magasins sont donc dans l'obligation de s'approvisionner auprès de leur centrale pour une part importante de leurs achats. Deuxièmement, certains contrats comprennent également des clauses d'approvisionnement minimum ou prioritaire qui accroissent encore le taux d'approvisionnement des magasins indépendants auprès de la centrale de leur groupe. Troisièmement, les coûts logistiques associés à un approvisionnement diversifié, le droit de regard de certains franchiseurs sur les achats libres de leurs franchisés, les remises de

quantité incluses dans certains contrats d'approvisionnement, l'exclusivisme coopératif²⁸ et, plus généralement, les réticences de la plupart des centrales à livrer des magasins affiliés à un réseau concurrent conduisent les magasins indépendants à privilégier pour leur approvisionnement la centrale d'achat de leur réseau.

76. Cette quasi-exclusivité d'approvisionnement des magasins indépendants auprès des centrales d'achat de leurs têtes de réseau constitue un obstacle à l'entrée sur le marché amont de l'approvisionnement de tout nouvel opérateur, contraint d'ouvrir ses propres magasins pour commercialiser ses produits.

b) La faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes

77. Si les magasins indépendants s'approvisionnent quasi-exclusivement auprès de la centrale d'achat de leur groupe d'affiliation et si les obstacles à la création empêchent l'implantation de magasins par un nouvel opérateur, celui-ci dispose néanmoins de la possibilité d'attirer à lui des magasins déjà affiliés auprès d'autres groupes de distribution. Ce raisonnement, qui est valable aussi bien au niveau national qu'à celui de la zone de chalandise, contraste toutefois avec le constat d'une très faible mobilité des magasins.

Le constat d'une très faible mobilité des magasins indépendants

78. Au vu des informations recueillies auprès des opérateurs au cours de l'instruction, il apparaît que depuis 2005, les taux de rotation des magasins indépendants, entendus comme les magasins gérés par des sociétés indépendantes des groupes de distribution ou associées à ces derniers, sont relativement faibles. En effet, selon les enseignes, les taux de départ (nombre de magasins indépendants ayant quitté le réseau entre 2005 et 2009/nombre de magasins indépendants en 2005) sont compris entre 0 et 1 % pour les hypermarchés, 4 et 15 % pour les supermarchés, 2 et 4 % pour la proximité et 4 et 5 % pour les maxi-discompteurs. À titre de comparaison, une durée indicative des relations contractuelles entre le magasin et sa tête de réseau de cinq ans permet, potentiellement, un renouvellement complet du parc de magasins affiliés tous les cinq ans, soit un taux de départ potentiel de 100 % largement supérieur aux taux effectivement constatés sur les différents formats de distribution.

Les différentes explications de la mobilité limitée des magasins indépendants

79. La relative inertie des magasins indépendants semble *a priori* pouvoir s'expliquer de différentes manières.
80. Cette situation pourrait, en premier lieu, s'expliquer par l'absence de volonté et/ou de capacité des groupes intégrés à développer la franchise ou tout autre mode d'affiliation. En effet, les grands groupes de distribution intégrés ont assez peu développé la franchise sur les formats des hypermarchés et du maxi-discompte. Dès lors, leur capacité à accueillir des

²⁸ Selon le principe d'exclusivisme coopératif, tout groupement coopératif a l'interdiction d'approvisionner des personnes ou entreprises non adhérentes au groupement. Ce principe a été posé par l'article 3 de la loi n°47-1775 du 18 septembre 1947 portant statut de la coopération dans les termes suivants : « *les coopératives ne peuvent admettre les tiers non sociétaires à bénéficier de leurs services, à moins que les lois particulières qui les régissent ne les y autorisent* ». Cette autorisation n'a pas été donnée par la loi spéciale gouvernant les coopératives de commerçants détaillants. Au contraire, l'article 2 de la loi du 11 juillet 1972 codifiée sous l'article L.124-2 du code de commerce confirme que « *les sociétés coopératives de commerçants de détail ne peuvent admettre de tiers non associés à bénéficier de leurs services* ».

magasins sur ces formats serait limitée. Toutefois, cette explication présente trois limites. D'une part, les groupes intégrés ont la possibilité de racheter les magasins franchisés afin de les exploiter en propre, notamment lors des départs à la retraite des dirigeants de magasins affiliés. D'autre part, plusieurs opérateurs intégrés ont indiqué que les obstacles à la création de nouveaux magasins les incitaient fortement à développer leurs réseaux de franchise, sur des formats ou dans des zones géographiques où ils étaient jusqu'alors peu présents. Enfin, la faible mobilité des magasins a également été constatée au sein des groupements coopératifs ou sur les formats où l'exploitation des magasins en franchise est importante, comme les commerces de proximité par exemple. Par conséquent, l'absence de mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents ne résulte pas d'une réticence des groupes de distribution à accueillir des magasins indépendants, mais bien de l'absence de volonté ou des difficultés que rencontrent les magasins indépendants à changer de réseau.

81. En deuxième lieu, l'absence de mobilité des magasins indépendants pourrait également s'expliquer par l'attachement que portent les magasins affiliés à leur enseigne. Cet attachement résulterait notamment de la satisfaction économique que les magasins indépendants retirent de leur affiliation à la tête de réseau, ces derniers n'ayant dès lors aucune envie d'en changer. Il découlerait également des valeurs communes et des liens humains développés au sein des réseaux et notamment au sein des groupements coopératifs (les journées de travail collectif régional ou national, le système de parrainage mis en place par le groupement Leclerc etc.).
82. En troisième lieu, tout changement d'enseigne constitue un risque commercial certain, de nature à dissuader, dans certains cas, les magasins affiliés de changer de réseau. En effet, le niveau de notoriété auprès des consommateurs diffère sensiblement selon les enseignes. Le gérant d'un magasin n'est donc jamais tout à fait certain que sa clientèle soit disposée à rester fidèle à son magasin plutôt qu'à son enseigne. En outre, tout changement d'enseigne implique une modification du mode de gestion (modalités d'approvisionnement, système informatique, etc.), et de l'agencement du magasin, ainsi que de l'assortiment et des prix, tant à l'achat qu'à la revente, des marchandises.
83. Enfin, l'absence de mobilité des magasins indépendants semble principalement devoir trouver son explication dans les relations tant contractuelles que capitalistiques qu'entretiennent les groupes de distribution alimentaires avec leurs magasins affiliés. Tout d'abord, l'instruction a relevé une certaine opacité de ces relations, due notamment à la multiplication des documents contractuels formalisant la relation et au manque d'information de l'affilié sur la portée des engagements auxquels il a souscrit. Ce manque de transparence empêche le candidat à l'affiliation ou l'affilié arrivé à échéance de son contrat de mettre en concurrence les différentes enseignes et freine ainsi la mobilité des magasins affiliés entre les différents réseaux. De plus, certains dispositifs contractuels et capitalistiques mis en œuvre par les groupes de distribution dans leurs relations avec leurs affiliés, comme des durées d'engagement relativement longues, des droits d'entrée au paiement différé, des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles et des droits de priorité, ont pour objet ou effet de dissuader l'affilié de sortir du réseau. Ces différents dispositifs sont analysés ci-après (cf. *infra* paragraphe 113 et suivants).

4. LES AUTRES BARRIÈRES À L'ENTRÉE

84. La notoriété de l'enseigne semble être une barrière significative à l'entrée d'enseignes étrangères, trop peu connues des consommateurs. Cet obstacle joue également à l'encontre

de petites enseignes trop peu connues au-delà de leurs régions d'origine. La franchise peut en partie compenser ce déficit de notoriété, le franchisé étant parfois connu des consommateurs et des élus locaux et étant plus fortement incité à développer son fonds de commerce.

85. Les coûts logistiques sont une autre barrière à l'entrée et expliquent en partie le développement « *en grappes* » des grands distributeurs. Le transport des marchandises des centrales régionales ou nationales vers des zones où un groupe de distribution ne détient que quelques magasins est en effet particulièrement coûteux et difficile à rentabiliser. Il est donc préférable, lorsqu'un opérateur cherche à pénétrer une région où il est encore peu présent, qu'il puisse s'appuyer simultanément sur plusieurs magasins.
86. En dépit de ces obstacles à la création de nouveaux magasins, la quasi-totalité des opérateurs intégrés ont indiqué continuer de privilégier la création de magasins plutôt que la reprise de magasins indépendants exploités sous enseigne concurrente.
87. Pourtant, le changement d'enseigne des magasins indépendants peut être bénéfique au consommateur. En effet, le magasin indépendant a la capacité de choisir une enseigne, qui, si elle doit répondre avant tout à ses attentes en termes de rentabilité et de profitabilité, doit pouvoir offrir un projet d'agencement du point de vente, un niveau supérieur de service clients, une offre plus vaste, des marques de distributeur et un positionnement de prix susceptibles de mieux répondre aux attentes des consommateurs. Surtout, le gain obtenu par le magasin indépendant en améliorant ses capacités d'achat et en passant par une enseigne plus performante, notamment dans le cas de l'existence d'une forte concurrence au niveau de la zone de chalandise, doit logiquement se répercuter sur les prix.
88. Après avoir présenté les principales barrières à l'entrée dans le secteur de la distribution alimentaire, il convient d'étudier les deux types de pratiques objets de la saisine d'office pour avis de l'Autorité, à savoir celles relatives à la gestion du foncier commercial d'une part, et celles relatives aux relations d'affiliation d'autre part. Pour chacun de ces deux types de pratiques, un constat sera dressé avant de mener une analyse concurrentielle et de présenter les recommandations de l'Autorité.

III. Les pratiques constatées en matière de gestion du foncier commercial

89. Concernant les pratiques en matière de gestion du foncier commercial, l'instruction s'est notamment intéressée à la détention de foncier inexploité par ces derniers (A) et à la présence de clauses d'exclusivité dans les contrats de vente et d'achat de foncier commercial (B)²⁹.

²⁹ Plusieurs opérateurs ont également souligné le rôle joué par les sociétés immobilières des groupes de distribution et les comportements de saturation des zones de chalandise. L'instruction de l'avis n'a pas permis d'aller au-delà de simples éléments descriptifs. Aussi ne seront-ils pas discutés dans le cadre du présent avis.

A. LA DÉTENTION DE FONCIER INEXPLOITÉ

90. Lors de leurs auditions, plusieurs opérateurs ont indiqué avoir été empêchés d'entrer sur certaines zones commerciales du fait de pratiques consistant pour les concurrents déjà présents à détenir du foncier inexploité. Toutefois, ces mêmes opérateurs reconnaissent fréquemment que cette pratique de « gel du foncier » est effectuée dans la perspective d'une implantation future d'un magasin du groupe de distribution détenant la parcelle. Ils sont aussi plusieurs à indiquer que cette pratique ne constitue pas une barrière définitive à l'entrée, et que, le plus souvent, elle ne fait que ralentir le processus d'entrée ou diminuer la rentabilité en empêchant le concurrent de s'installer sur les parcelles les plus attractives. Pour certains opérateurs, aucun groupe n'a jamais été empêché de s'implanter sur une zone de chalandise en raison de pratiques de gel du foncier.
91. Pour appréhender de façon plus précise, quoique de façon déclarative, l'étendue du foncier détenu mais inexploité par les opérateurs, des questionnaires ont été envoyés aux principaux opérateurs leur demandant de recenser les surfaces foncières commerciales et non commerciales inexploitées. Plusieurs opérateurs ont ainsi déclaré détenir des parcelles de foncier commercial encore inexploitées et, dans certains cas, ces parcelles inexploitées sont détenues alors que le magasin détient une part de marché très significative sur la zone.
92. Toutefois, le nombre de ces parcelles serait relativement limité par rapport au parc de magasins de ces groupes. En outre, dans certains cas, les parcelles détenues seraient d'une surface limitée rendant peu probable la possible installation d'un concurrent important ou l'absence d'alternative à la détention de ce foncier. Enfin et surtout, des justifications *a priori* raisonnables sont avancées, telles que l'attente d'un permis de construire ou d'implantation, les délais nécessaires à la revente du terrain ou du magasin lorsque ceux-ci apparaissent non rentables ou lorsque les terres initialement acquises sont d'une surface trop importante.
93. Dans certains cas, l'acquisition de foncier inexploité participe d'une stratégie à long terme de développement du magasin, encouragée à la fois par la rareté du foncier et par les seuils de notification des projets d'implantation : les opérateurs peuvent ainsi commencer par ouvrir un magasin de petite taille afin d'obtenir plus aisément l'agrément des autorités administratives, puis l'agrandir une fois que leurs chances de recevoir l'assentiment de ces mêmes autorités sont suffisamment fortes. Dans certains cas enfin, la durée de détention peut être longue car la revente fait suite à un refus d'autorisation de la part d'une CDAC : il peut alors être relativement long de trouver un acheteur potentiel.

B. LES CLAUSES D'EXCLUSIVITÉ PRÉSENTES DANS LES CONTRATS DE VENTE ET D'ACHAT DE FONCIER COMMERCIAL

94. Les groupes de distribution ont également été interrogés sur les clauses de non-concurrence susceptibles de figurer dans leurs contrats d'achat ou de vente de foncier. Ces clauses interdisent au cocontractant du groupe de distribution d'exercer une activité de commerce alimentaire sur le terrain vendu et/ou sur les terrains à proximité du terrain vendu dont il demeure propriétaire.
95. L'examen des contrats de vente et d'acquisition de foncier montre que de telles clauses apparaissent relativement fréquemment, principalement dans le cas des contrats de vente. La durée de ces clauses est d'ampleur variable, une part significative d'entre elles

présentant une durée de 30 à 50 années. Certains contrats incorporent en outre des droits de priorité au profit du groupe de distribution en cas d'éventuelles opérations de revente du terrain.

96. Dans le cas de contrats d'achat de foncier commercial, de telles clauses sont plus rares et concerneraient principalement les cas où le vendeur d'un terrain est également propriétaire d'un terrain mitoyen.
97. Enfin, le recoupement des opérations d'achat ou de vente de foncier commercial incluant des clauses de non-concurrence avec les parts de marché des opérateurs sur les zones de chalandise concernées tend à montrer que ces clauses sont présentes même lorsque les opérateurs détiennent des parts de marché élevées sur leur zone de chalandise.
98. Selon les opérateurs, il existe trois justifications principales à ces clauses de non-concurrence. La première concerne les cas de terrains immédiatement mitoyens à ceux sur lesquels se situent les magasins : ce type de clause permettrait de préserver la rentabilité du magasin déjà implanté et d'empêcher qu'un second magasin alimentaire ne vienne s'installer à côté du premier (en lieu et place d'un magasin de vêtements, de bricolage, etc.), diminuant de ce fait la diversité commerciale et l'attractivité de la zone pour la clientèle.
99. La deuxième justification a trait au souci de capitaliser sur le rôle moteur que joue l'enseigne alimentaire dans le dynamisme d'une zone commerciale : souvent la première établie sur une zone commerciale, l'enseigne alimentaire, par ses opérations publicitaires, par le nombre de ses clients, par sa compétitivité, génère des flux de clientèle et donc des externalités pour les autres magasins de la zone. Les clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de vente ou d'achat de foncier ont alors pour but d'empêcher l'implantation de magasins concurrents susceptibles d'agir en passager clandestin sur de telles zones commerciales.
100. Enfin, une troisième justification concerne les cas de transfert-agrandissement : soit à la demande d'une mairie ou d'une autre administration, soit par volonté de s'implanter sur un site plus attractif, un opérateur peut être amené à fermer un magasin et à se réinstaller plus ou moins à proximité. Une telle opération entraînant un coût significatif, les opérateurs veilleraient donc à préserver la rentabilité de leur nouveau magasin. Dans ces situations, les opérateurs indiquent alors que l'utilité de telles clauses est nulle puisque l'acheteur du terrain est le plus souvent une municipalité ou un promoteur souhaitant y bâtir des logements.
101. La pertinence de ces arguments apparaît toutefois limitée. En particulier, l'argument relatif à la protection des investissements n'emporte pas la conviction. D'une part, les investissements réalisés dans ce secteur ne sont pas particulièrement risqués, au dire même des opérateurs. D'autre part, une large proportion des investissements effectués ne sont pas des actifs spécifiques si bien que l'entrée d'un concurrent sur une zone ne cause pas de dommage irréversible aux concurrents déjà implantés, qui peuvent s'ils le désirent revendre leur foncier bâti et non-bâti. De même, les externalités de demande générées par l'implantation d'un commerce alimentaire sur une zone de chalandise (qui entraîne des flux de circulation de personnes et accroît la rentabilité des magasins voisins) peuvent être monétisées (via une hausse des loyers ou du prix de vente du foncier disponible sur la zone après l'installation d'une grande surface alimentaire, par exemple) par le propriétaire des terrains voisins et ainsi rétrocédées au commerce alimentaire, qui paierait moins cher son installation initiale, dès lors que le vendeur du terrain détient encore du foncier commercial à proximité des terrains vendus (ce qui doit logiquement être le cas si des clauses de non-concurrence sont négociées). Enfin, l'emploi de clauses d'exclusivité afin de garantir une

plus grande diversité de commerces sur une zone n'est pas plus convaincant : d'une part, d'importants obstacles, notamment administratifs, existent déjà à l'entrée de commerces alimentaires, d'autre part, il revient aux consommateurs par leurs actes d'achat, de déterminer le niveau souhaitable de diversité commerciale : ils peuvent notamment préférer une moindre diversité commerciale si celle-ci accroît la concurrence et diminue les prix.

IV. Analyse concurrentielle des pratiques constatées concernant les modalités de gestion du foncier commercial et recommandations

102. L'analyse concurrentielle des pratiques constatées est d'abord présentée (A), suivie des recommandations formulées par l'Autorité de la concurrence quant à l'encadrement nécessaire de ces pratiques (B).

A. ANALYSE CONCURRENTIELLE DES PRATIQUES CONSTATÉES CONCERNANT LES MODALITÉS DE GESTION DU FONCIER COMMERCIAL

103. Ainsi qu'il a été démontré, de nombreuses zones de chalandises demeurent excessivement concentrées, du fait, notamment, de la présence d'importantes barrières à l'entrée. La rareté du foncier commercial constitue une barrière à l'entrée mentionnée par la quasi-totalité des opérateurs du secteur. Dans ce contexte, toute stratégie mise en œuvre par un opérateur déjà implanté sur une zone et visant à limiter encore l'accès des distributeurs au foncier commercial pourrait constituer une barrière supplémentaire à l'entrée.

104. Les documents recueillis lors de l'instruction de l'avis et les auditions des opérateurs ont plus précisément conduit à identifier trois types de pratiques susceptibles de constituer, par leur objet ou par leurs effets, une barrière à l'entrée de nouveaux opérateurs : la détention de foncier inexploité d'une part, les clauses de non-concurrence introduites dans les contrats de cession et d'acquisition du foncier commercial d'autre part, et enfin, la saturation des zones de chalandise par l'implantation de plusieurs magasins sur une même zone de chalandise, qu'il s'agisse de magasins commercialisant le même type de produit ou appartenant à des secteurs nettement distincts.

105. Toutefois, les pratiques de « gel du foncier commercial » sont fréquemment motivées par les perspectives d'agrandissement des magasins, les délais nécessaires à l'obtention des autorisations administratives, les périodes de transition succédant à la faillite ou à la fermeture d'un magasin. En outre, pour un opérateur souhaitant entraver l'entrée d'un concurrent, des stratégies consistant, soit en une revente du site accompagnée d'une clause de non-concurrence ou de préférence, soit en une location du site à des opérateurs non-concurrents, peuvent être moins onéreuses qu'un gel du foncier.

106. De même, pour être qualifiée d'anticoncurrentielle, l'implantation de plusieurs magasins d'une même enseigne ou d'enseignes différentes appartenant à un même groupe de distribution doit avoir pour seule ou principale motivation l'effet d'exclusion qu'elle entraîne à l'encontre d'éventuels entrants potentiels. Une telle qualification nécessiterait

non seulement de démontrer l'existence d'une position dominante sur la zone, mais aussi d'établir que la multiplication des magasins conduit à un effet de cannibalisation tel que les coûts fixes entraînés par l'implantation d'un magasin supplémentaire entraîneraient une diminution des profits d'exploitation du groupe, si bien qu'elle ne pourrait s'expliquer que par la volonté d'exclure des concurrents. En outre, il devrait être tenu compte de la réduction des coûts logistiques permise par l'agglomération de magasins d'un même groupe (lorsque ceux-ci revendent les mêmes produits) et des externalités de demande qu'entraîne l'implantation de magasins différenciés sur une zone de chalandise donnée. Pour être menée, une telle analyse nécessiterait une instruction détaillée des cas de préemption évoqués, souvent de façon évasive, par certains opérateurs.

107. En revanche, les pratiques consistant, pour un distributeur, à assortir la revente de terrains bâtis ou non-bâtis de clauses de non-concurrence d'une durée pouvant aller de dix à cinquante années (pour celles de ces clauses qui comportent une limitation de durée) et qui sont transmises lors des opérations de revente ultérieures, contribuent à accroître les barrières à l'entrée sur le marché de la distribution à dominante alimentaire, ainsi que l'ont indiqué plusieurs opérateurs. En outre, ces clauses ne semblent pouvoir être valablement justifiées (cf. *supra*, paragraphe 94 et suivants).

B. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : LA SUPPRESSION DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ET DES DROITS DE PRIORITÉ PRÉSENTS DANS LES CONTRATS DE VENTE ET D'ACQUISITION DE FONCIER COMMERCIAL

108. Dans le secteur de la grande distribution alimentaire, la concentration excessive de certaines zones de chalandise résulte en partie de l'existence de barrières à l'entrée élevées. Ces obstacles à l'arrivée de nouvelles enseignes sont issus, pour une part significative, des procédures administratives préalables à l'implantation d'un nouveau magasin. Sur ces différents aspects, l'Autorité de la concurrence renvoie notamment à son avis n° [07-A-12](#) sur les législations Royer et Raffarin, où étaient constatés à la fois l'échec de ces réglementations à protéger le commerce de proximité et leur rôle dans le degré de concentration excessif des zones de chalandise. A cette occasion, le Conseil de la concurrence avait préconisé de limiter la réglementation de l'urbanisme commercial au seul droit de l'urbanisme et à ne pas y surajouter des procédures administratives supplémentaires. A l'aune des constatations effectuées dans cet avis, l'Autorité de la concurrence ne peut que d'autant plus réitérer cette recommandation que les incertitudes administratives spécifiques qui pèsent sur les grandes surfaces à dominante alimentaire rendent leur recherche de foncier commercial plus ardue.
109. Toutefois, l'instruction de cet avis a surtout permis de constater que les obstacles réglementaires à l'entrée sont aggravés par les comportements des opérateurs en place, et notamment par leur recours à des clauses de non-concurrence dans une part significative des contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial. Dans les contrats de vente de foncier commercial, celles-ci ont pour objet d'interdire à l'acquéreur d'un terrain ou d'un local commercial d'exercer une activité alimentaire pour une durée pouvant aller jusqu'à 50 années. Plus rarement incluses dans les contrats d'achat de foncier commercial, elles ont alors pour objet d'interdire l'implantation de sociétés pouvant exercer une activité alimentaire sur les autres terrains détenus par le vendeur (le plus souvent mitoyens du terrain objet dudit contrat), la durée de ces clauses pouvant également s'étaler sur plusieurs dizaines d'années. L'instruction a également permis de relever la présence de droits de

priorité au profit des groupes de distribution dans certains contrats de vente de foncier commercial, ces derniers ayant des durées pouvant aller jusqu'à 50 ans à compter de la date de signature du contrat. Ces clauses donnent un avantage concurrentiel important au bénéficiaire en lui permettant d'avoir connaissance des offres faites par des acquéreurs potentiels et d'anticiper ainsi l'arrivée d'un concurrent ou de l'empêcher en faisant jouer son droit de priorité.

110. Plusieurs opérateurs ont indiqué que de telles clauses avaient constitué un obstacle retardant leur entrée sur une zone de chalandise ou atténué son impact. Il a en outre été constaté que de telles clauses sont également mises en œuvre par des opérateurs susceptibles de disposer, sur leur zone de chalandise, de parts de marché élevées et qu'elles pouvaient concerner des marchés locaux déjà relativement concentrés. En outre, les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces clauses dans les contrats n'emportent pas la conviction, celles-ci ne semblant pas nécessaires pour inciter à l'investissement dans ce secteur ou pour garantir un meilleur service au consommateur.
111. La suppression de ces clauses de non-concurrence, tant dans les contrats à venir que dans les contrats passés, apparaît donc nécessaire, ces dernières étant génératrices d'une limitation de la concurrence et constituant un frein à l'installation de nouvelles enseignes. Plusieurs solutions alternatives à une interdiction totale de ces clauses ont été envisagées. Il serait théoriquement possible de n'interdire ces clauses et ces droits de priorité que dans les zones où le degré de concentration dépasse un certain seuil. Une telle condition imposerait toutefois de délimiter le marché local, d'évaluer son degré de concentration et d'ajuster les zones jugées concentrées au fur et à mesure de leur évolution (en fonction des ouvertures et des fermetures de magasin). Compte tenu de l'absence de gains d'efficacité associés à ces clauses, l'incertitude juridique qui découlerait de la délimitation des zones de chalandise et de la mesure du degré de concentration rend nettement préférable leur interdiction pure et simple. De la même façon, l'autorisation de clauses de non-concurrence limitées dans le temps pour des surfaces foncières peu susceptibles d'accueillir un nouvel opérateur constituerait un remède difficile à surveiller alors même que les effets produits par ces clauses peuvent être significatifs.
112. Ces recommandations sont proches de celles formulées par la *Competition Commission* britannique. Celle-ci a notamment remis en cause les clauses restrictives d'exploitation par lesquelles un groupe de distribution vendant un terrain interdisait à l'acheteur de l'exploiter pour une activité de distribution ou de le revendre à un autre groupe de distribution («*restrictive covenant*») et a également limité la durée de certaines exclusivités territoriales par lesquelles un distributeur était protégé de l'implantation de distributeurs concurrents sur une même zone géographique (cf *Competition Commission, The supply of groceries in the UK market investigation*, 2008).

V. Les pratiques constatées dans les relations d'affiliation entre les commerçants affiliés et les groupes de distribution

113. La décision d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 indique : « *Sur les contrats d'affiliation des magasins indépendants, la saisine examinera les différents contrats en vigueur, notamment les contrats de franchise ou d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants, ainsi que les autres*

contrats liant un commerçant à une personne juridique représentant le réseau (contrat d'approvisionnement, de location-gérance, de bail, pacte d'associés, etc.). Il s'agira pour l'instruction d'apprécier la force du lien entre les têtes de réseau et les commerçants affiliés, et le degré réel d'indépendance de ces derniers. L'impact de ces relations verticales sur la mobilité inter-réseaux devra être évalué pour chacun des principaux formats de vente (hypermarchés, supermarchés, magasins de proximité, magasins spécialisés), en fonction de la nature et de l'encadrement réglementaire des liens entre les membres du réseau. Devront ainsi être pris en compte la durée des contrats liant le commerçant indépendant et son réseau, les obstacles s'opposant au changement d'enseigne d'un magasin et les barrières à l'entrée ainsi créées à l'encontre de nouveaux opérateurs. Les caractéristiques de ces relations entre le magasin indépendant et son réseau d'affiliation devront ensuite être appréciées au regard de leurs potentiels effets concurrentiels, eux-mêmes fonction de la rareté des emplacements commerciaux sur les zones de chalandise et du poids des opérateurs liés par ces contrats sur les marchés pertinents identifiés. Les justifications pro-concurrentielles de ces clauses, en termes de transfert de savoir-faire et de réduction du risque supporté par le magasin indépendant notamment, devront également être prises en compte dans cette évaluation » (paragraphe 6).

114. En premier lieu, l'instruction de l'avis a permis de constater l'importance du parc de magasins indépendants affiliés à des groupes de distribution à dominante alimentaire. Selon les déclarations des principaux opérateurs, celui-ci représente en France environ 63 % du total des hypermarchés, 70 % du parc des supermarchés (hors magasins de maxi-discount) et 77 % du parc des magasins de proximité, la part des magasins restants représentant les magasins intégrés exploités directement par les groupes de distribution.
115. L'instruction a en second lieu mis en évidence la variété des types organisationnels et contractuels d'affiliation. En effet, les modes d'affiliation d'un magasin indépendant à un groupe intégré sont variés. À titre d'illustration le groupe Carrefour distingue ainsi cinq modèles d'organisation de son parc de magasins : « *Cas n° 1 : magasins intégrés exploités directement par Carrefour ; Cas n° 2 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales sans prise de participation de Carrefour), propriétaires du fonds de commerce ; Cas n° 3 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales), locataires-gérants de Carrefour ; Cas n° 4 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, locataires-gérants de Carrefour ; Cas n° 5 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, propriétaires du fonds* ».
116. Comme indiqué *supra* (paragraphe 72 et suivants), l'instruction a enfin été conduite à souligner la faible mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents. Compte tenu des multiples obstacles à la création de nouveaux magasins, cette faible mobilité est constitutive d'une véritable barrière à l'entrée dans le secteur de la distribution alimentaire. Pour une part significative, cette inertie des magasins affiliés est due à certains dispositifs mis en place par les groupes de distribution, qui ont pour objet et/ou effet d'empêcher leurs magasins affiliés de quitter le réseau. Ces dispositifs sont d'ordre contractuel d'une part (A) et capitalistique d'autre part (B).

A. LES DISPOSITIFS CONTRACTUELS CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS

117. Les relations entre les affiliés et les groupes de distribution sont souvent formalisées par divers documents contractuels (contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat d'approvisionnement, contrat de licence de marque, contrat de location-gérance, statuts, règlement intérieur, etc.). Pour la plupart, ces relations présentent plusieurs dispositifs qui ont pour objet et/ou pour effet de dissuader l'affilié de sortir du réseau à savoir, des engagements de durée relativement longs (1), des échéances différentes entre les nombreux contrats liant le magasin et sa tête de réseau (2), des droits d'entrée à paiement différé (3), des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié (4) et enfin, des droits de priorité au profit des têtes de réseau (5).

1. LA DURÉE RELATIVEMENT LONGUE DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS

118. L'instruction a permis de constater des durées d'engagement relativement longues (a) auxquelles les opérateurs ont apporté des justifications peu convaincantes (b). L'analyse juridique de ces clauses permet de s'interroger sur le caractère excessif de la plupart des durées d'engagement constatées (c).

a) Des durées d'engagement relativement longues et disparates selon les enseignes

119. De manière générale, ce sont les groupements coopératifs qui présentent la durée de contractualisation la plus longue avec des durées d'adhésion pouvant aller jusqu'à 30 ans.
120. Toutefois, l'un des grands groupements coopératifs français ne prévoit pas de durée minimale d'adhésion de ses membres : ceux-ci sont libres de se retirer du groupement à la fin de l'exercice social et moyennant le respect d'un préavis de six mois³⁰.
121. Les contrats de franchise employés par les groupes intégrés sont dans l'ensemble d'une durée plus courte que les contrats d'adhésion aux réseaux coopératifs. Leur durée est comprise entre 3 et 9 ans. Ils sont le plus souvent tacitement renouvelables pour une durée équivalente à la durée initiale. Les durées de préavis de résiliation sont en général comprises entre six mois et un an. Une absence d'uniformité des durées par type de format entre enseignes de groupes différents ainsi qu'entre les différentes enseignes d'un même groupe a également été constatée.
122. Pour s'assurer du respect de la durée des contrats par les magasins indépendants, la plupart des enseignes utilisent également des clauses pénales d'indemnisation en cas de rupture anticipée du contrat. Le montant prévu de ces indemnités correspond en général au montant des cotisations restant dû jusqu'à l'échéance du contrat ou à un certain pourcentage (pouvant atteindre 10 %) du chiffre d'affaires de l'affilié. A titre de comparaison, il convient de rappeler que selon la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (la FCD), la moyenne des taux de marge nette des trois principaux distributeurs intégrés (Auchan, Carrefour et Casino) est de 2 % en 2009³¹. Enfin, les

³⁰ Les règles de ce groupement prévoient toutefois que lorsqu'un adhérent bénéficie d'aides spécifiques individuelles, la centrale régionale à laquelle il est affilié peut lui demander de demeurer associé de la coopérative pendant une durée pouvant aller jusqu'à 10 ans. Les situations donnant effectivement lieu à un versement seraient toutefois marginales.

³¹ Étude Casas et associés, avril 2010.

ruptures anticipées de contrat donnent également lieu à des procédures contentieuses coûteuses, notamment lorsqu'est prévue une clause d'arbitrage.

b) Les justifications apportées par les opérateurs aux durées d'engagement relativement longues

123. Selon les opérateurs, une durée de contractualisation longue favoriserait de meilleures incitations à l'investissement et une plus grande stabilité du réseau.

L'argument de l'incitation à l'investissement

124. Selon la plupart des opérateurs, les contrats de longue durée sont nécessaires pour inciter les deux parties, groupe de distribution et magasin indépendant, à engager des investissements dans le magasin, en ce compris les investissements effectués à l'ouverture du magasin et ceux réalisés de façon périodique aux fins de rénovation du magasin, engagés en moyenne toutes les cinq à sept années. L'affilié, pour réinvestir dans son magasin, aurait besoin d'une durée d'engagement suffisamment longue pour avoir le temps de rentabiliser l'investissement effectué, ce qui expliquerait que les contrats, à l'issue de la première collaboration de cinq à sept années, soient reconduits pour une durée équivalente. En outre, une relation de longue durée serait également un gage de sécurité pour les établissements bancaires prêtant leur concours à l'entrepreneur indépendant. Lors de leurs auditions, les acteurs du marché ont ainsi indiqué à plusieurs reprises que la durée d'amortissement d'un fonds de commerce (hors immobilier et foncier commercial) est comprise entre cinq et dix années selon le format et les marges nettes réalisées.
125. Toutefois, cet amortissement comptable ne correspond pas au raisonnement suivi en droit de la concurrence, qui ne prend en compte que la spécificité des actifs, le risque de parasitisme, et, le cas échéant, l'incertitude liés à l'opération d'investissement. Or, selon les opérateurs, le risque associé à l'installation d'un magasin serait relativement faible une fois les autorisations administratives nécessaires obtenues. Le risque de parasitisme est lui également limité : les investissements réalisés par un affilié ne risquent guère de profiter à un autre affilié concurrent. En dernier lieu, la spécificité des actifs acquis par l'affilié est principalement limitée aux investissements réalisés pour agencer le magasin³², chiffré par un opérateur à environ 300 euros par m². En raisonnant sur cette base et à partir des estimations de chiffre d'affaires au m² et de marge nette réunis au dossier, la durée d'amortissement de cet investissement spécifique serait alors comprise entre deux et cinq années³³.
126. Le caractère fortement asymétrique des investissements engagés par les parties doit également être pris en compte pour apprécier la durée adéquate des relations contractuelles entre tête de réseau et magasin indépendant. Hormis dans les cas où les affiliés opèrent par le biais d'une société commune avec la tête de réseau, les investissements effectués par cette dernière pour accompagner son affilié demeurent, sauf exceptions, très limités. Ainsi,

³² En effet, les entrepreneurs franchisés parviennent en général à récupérer, lors de la revente de leur fonds de commerce, la majeure partie de leur investissement initial.

³³ Le chiffre d'affaires au m² varie de façon non-linéaire avec la surface de vente, mais serait le plus souvent compris entre 6 000 et 7 000 € au m² pour un supermarché, d'environ 8 000 €/m² pour un hypermarché, et d'environ 4 500 à 6 000 €/m² pour un commerce de proximité d'une surface de vente relativement importante. Les marges nettes étant comprises entre 1 % (dans le cas d'une grande surface alimentaire en situation de concurrence) et 5% (dans le cas d'un commerce de proximité de taille raisonnable) selon les études sectorielles Xerfi, le résultat net par m² réalisé par ces magasins est donc compris entre 80 et 225 euros. Sur la base d'un taux d'intérêt de 5%, l'investissement initial est donc amorti en moins de cinq années dans le cas d'un hypermarché et en moins de deux années dans le cas d'un commerce de proximité.

selon un opérateur intégré interrogé, ce dernier peut verser de 70 000 à 120 000 euros au titre des « *produits accessoires occasionnels* » sur une période de 7 années, le plus souvent lors de la rénovation du magasin. D'autres investissements sont également effectués par les groupes de distribution, comme les « *espaces dans les plateformes, la codification des magasins et de leurs assortiments dans les systèmes, l'intégration dans les dispositifs publi-promotionnels, la mise en place des équipes de support (marchandise essentiellement), la formation des équipes magasin, la configuration des outils informatiques, et le cas échéant, l'implantation de nouveaux outils, connexion au système de fidélité, la mise à jour de tous les référentiels de l'entreprise...en résumé la gestion de l'intégration au sens large* », mais ils n'ont pu être chiffrés et sont de toute façon très peu spécifiques à un affilié donné.

127. Les durées de contractualisation très différenciées (de 0 à 30 ans) observées dans le secteur tendent également à relativiser la portée des justifications fondées sur les incitations à l'investissement : en effet, à aucun moment les opérateurs présentant dans les contrats qu'ils souscrivent les durées les plus longues n'ont fait valoir que les investissements réalisés par leur groupe ou les magasins affiliés étaient plus élevés que ceux entrepris par les concurrents aux durées d'engagement plus courtes. En particulier, l'exemple du groupement coopératif n'exigeant aucune durée d'engagement est à cet égard particulièrement frappant.
128. En outre, sur un plan plus théorique, plus la concurrence entre les opérateurs est grande et plus les incitations à l'investissement, tant des groupes de distribution que des magasins indépendants, sont fortes. En effet, des magasins indépendants à même de faire jouer la concurrence entre les réseaux de distribution inciteraient ainsi ces derniers à investir. De même, des groupes de distribution à même d'étendre la densité de leurs réseaux en accueillant des magasins exploités sous enseigne concurrente accroîtraient les incitations à investir des magasins indépendants afin de pouvoir demeurer affiliés au réseau. Enfin, des relations contractuelles de longue durée peuvent s'avérer désavantageuses pour les magasins indépendants subissant une dégradation des termes commerciaux proposés par leur tête de réseau : dans ce cas, tant la spécificité des investissements qu'ils auront consentis que la durée des engagements souscrits constitueront des freins à toute volonté de changement d'enseigne.

L'argument de la préservation de la stabilité du réseau

129. En second lieu, une relation contractuelle de longue durée serait également pour le groupe de distribution, un moyen d'assurer la stabilité de son réseau et de ses volumes d'achats et ainsi la compétitivité de son approvisionnement.
130. L'argument de la préservation du réseau et de sa compétitivité présente également des limites. Selon les opérateurs, notamment les groupements coopératifs, une moindre durée des contrats entraînerait une moins grande stabilité du réseau, un nombre important de magasins étant chaque année susceptible de le quitter pour rejoindre un groupe de distribution concurrent. Toutefois, cet argument ne tient pas compte des magasins que chaque réseau, selon ses performances, serait à même d'accueillir chaque année dès lors que la durée de leurs engagements avec les groupes concurrents serait également plus courte.
131. Une variante plus convaincante de cet argumentaire est que les groupes intégrés, de peur que leurs magasins indépendants ne quittent le réseau, décident de les acquérir totalement ou partiellement si la durée des contrats les liant à leurs magasins affiliés était raccourcie. Dotés de moindres capacités financières, les groupements coopératifs ne pourraient

répliquer efficacement à cette stratégie. A terme, la réduction du parc de magasins indépendants conduirait à une déstabilisation des groupements coopératifs et donc à une dégradation de leur compétitivité. Toutefois, l'examen des transferts de magasins montre que les groupements intégrés ne sont pas nécessairement les opérateurs vers lesquels se tournent les magasins souhaitant changer de réseau de distribution. En outre, de telles opérations de rachat, si elles portent sur des magasins suffisamment importants, devront être notifiées au titre du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, qui en appréciera l'impact sur la concurrence. Enfin, force est de constater que tant les groupements coopératifs que les groupes de distribution intégrés s'appuient sur des dispositifs d'ordre capitalistique (participation au capital des sociétés d'exploitation) pour prévenir le départ de certains de leurs magasins vers des enseignes concurrentes.

c) L'analyse juridique des durées d'engagement relativement longues

132. Dans un arrêt du 22 février 2000, la Cour de cassation a considéré que n'était pas contraire au droit coopératif la clause des statuts obligeant tout associé coopérateur à adhérer au groupement pour une durée d'au moins 30 ans dans la mesure où cette clause avait « *pour objet de maintenir, pendant une durée raisonnable, la cohésion des coopérateurs entre eux en vue de couvrir les risques décidés en commun et d'achever l'amortissement dont le partant ou l'exclu a temporairement tiré profit* » (Cass.com., 22 février 2000, n° 97-17-020).
133. En revanche, dans le cadre de la décision n° [05-D-49](#) du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de considérer que « *l'insertion d'une clause de longue durée dans un contrat, éventuellement prolongée par une reconduction tacite, peut à elle seule avoir des effets restrictifs de concurrence si elle n'est pas justifiée par la nécessité d'amortir des investissements ou par une contrepartie accordée au cocontractant. L'ajout de contraintes à la résiliation anticipée accentue l'effet restrictif de concurrence* ». Dans cette décision, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une durée contractuelle initiale de quatre ans, doublée d'une clause de reconduction tacite d'une durée de quatre ans et de la limitation de la possibilité de résilier le contrat à sa date anniversaire sous réserve du respect d'un préavis de trois mois précédant la date d'expiration du contrat, avait des effets restrictifs de concurrence sur le marché de la location-entretien des machines d'affranchissement postal, dès lors qu'elle ne se justifiait pas par la nécessité d'amortir un investissement initial et que la structure du marché (90% du marché lié par des contrats d'une durée de 5 ans ou plus) était telle que ces contrats de longue durée empêchaient toute entrée effective d'un opérateur concurrent.
134. Or, comme on l'a vu, les raisons avancées par les groupes de distribution pour justifier la durée relativement longue des engagements souscrits, notamment celle relative à la durée d'amortissement des investissements, n'emportent pas la conviction (cf. paragraphe 123 et suivants). En outre, la majeure partie des enseignes pratiquent des durées d'engagement relativement longues, supérieures à 5 ans : seules cinq enseignes appartenant à des groupes intégrés et un groupe coopératif proposent des durées d'affiliation inférieures ou égales à 5 ans. De plus, l'analyse de ces clauses doit être faite en prenant en compte la relation de quasi exclusivité existant entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés. Ainsi que l'indiquaient les paragraphes 73 et suivants, malgré l'absence de clause d'approvisionnement exclusif, les magasins affiliés s'approvisionnent quasiment exclusivement auprès des centrales d'achat de leur tête de réseau. Enfin, la création de nouveaux magasins demeure entravée par de nombreux obstacles, comme l'atteste le

contraste entre la relative stabilité du nombre de magasins ouverts et le potentiel de développement encore constaté sur de nombreuses zones de chalandise. Dès lors, des durées d'engagement excessivement longues entre les deux partenaires sont susceptibles de limiter la concurrence que se livrent les centrales d'achat et de référencement pour écouler leurs produits auprès des magasins indépendants. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n° 330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

135. Eu égard à la grille d'analyse définie par le Conseil de la concurrence en la matière, aux dispositions du Règlement n°330/2010 de la Commission, à la part de marché cumulée détenue par les enseignes liant leurs affiliés par des durées d'engagement longues, et à la faible portée de leurs justifications, les clauses de durée qui excèdent cinq années soulèvent donc de légitimes préoccupations de concurrence.

2. LA MULTIPLICITÉ DES CONTRATS ET LE DÉCALAGE DE LEURS ÉCHÉANCES

136. L'instruction a permis de constater que les relations entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés sont la plupart du temps formalisées par plusieurs documents contractuels distincts (contrat de franchise, contrat d'adhésion au groupement coopératif, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, pactes d'associés, statuts des magasins indépendants, etc.). Lorsque de tels contrats sont d'une durée différente et que l'échéance de l'un d'eux n'entraîne pas automatiquement la rupture d'un autre – qui s'accompagne fréquemment du paiement d'indemnités ou/et de l'entrée en vigueur de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation (cf. *infra*), la durée de la relation contractuelle peut alors être artificiellement prolongée. En outre, la multiplication des documents contractuels est génératrice d'opacité et d'insécurité juridique susceptibles de dissuader le propriétaire du magasin indépendant de quitter le réseau auquel il est affilié.
137. Dans sa décision n° [98-D-52](#) du 7 juillet 1998, le Conseil de la concurrence a estimé que « *le jeu cumulé des clauses susvisées proposées par la société J.C. Decaux, comportant tacite reconduction des contrats avec des conditions de dénonciation rendant difficile l'exercice de ce droit par les collectivités, signatures d'avenants d'une durée égale à la durée initiale en cas de remplacement des mobiliers en cours de contrat, parfois accompagnées de clauses de tacite reconduction, et clause de préférence aux conditions du contrat initial pour les sociétés du groupe Decaux en cas d'installation de mobilier dans de nouveaux emplacements, a pour effet de prolonger artificiellement la durée de la relation contractuelle entre Decaux et les collectivités et de permettre aux sociétés de ce groupe d'éviter pendant des durées très longues atteignant parfois plusieurs dizaines d'années, toute mise en concurrence* ».
138. En outre, dans le cadre de la saisine relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité ayant donné lieu à la décision n° [10-D-08](#) du 3 mars 2010, le Syndicat de l'Épicerie Française et de l'Alimentation Générale (SEFAG) dénonçait le décalage d'échéance entre les différents contrats conclus entre les filiales du groupe Carrefour et les franchisés, qui avait selon lui pour conséquence de prolonger artificiellement leur durée. Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence, ayant constaté cette difficulté, a pris acte de l'engagement du groupe

Carrefour de mettre fin à cette situation en alignant sur une même date les échéances des contrats de franchise et d'approvisionnement en cours qui comporteraient des termes différents (paragraphe 33 de ladite décision).

3. LES DROITS D'ENTRÉE À PAIEMENT DIFFÉRÉ

139. Plusieurs enseignes prévoient un droit d'entrée dans le réseau correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires prévisionnel, dont le paiement est différé au jour où le contrat d'affiliation prend fin.
140. Les clauses prévoyant des droits d'entrée au paiement différé ne sont pas des clauses illégales *per se*. Elles peuvent néanmoins avoir pour effet de dissuader l'affilié de quitter le réseau à l'arrivée à échéance de la relation contractuelle ou en cas de manquement contractuel grave imputable à la tête de réseau. En effet, le droit d'entrée au paiement différé oblige l'affilié qui décide de quitter le réseau à payer un véritable « droit de sortie » alors qu'un étalement du paiement fractionné pendant le déroulement du contrat serait plus soutenable pour l'affilié.
141. À cet égard, le site www.pme.gouv.fr édité par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi pour venir en aide aux PME recommande de ne pas adopter de telles clauses et de limiter dans le temps l'échelonnement du paiement du droit d'entrée lorsque ce procédé est appliqué.

4. LES CLAUSES DE NON-RÉAFFILIATION ET DE NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLES

142. Les plupart des contrats d'affiliation analysés prévoient des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles (a) nécessaires, selon les opérateurs, à la protection du savoir-faire transmis aux affiliés (b). Il convient de procéder à l'analyse juridique de ces clauses afin de déterminer si elles remplissent les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis par le droit de la concurrence (c).

a) La variété des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées

143. Plusieurs enseignes incluent également dans un ou plusieurs des contrats les liant à un magasin indépendant ou à son propriétaire des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles. La plupart des clauses de non-réaffiliation relevées ont vocation à ne s'appliquer qu'en cas de rupture anticipée du contrat et ce, pendant une durée allant d'un à deux ans à compter de la résiliation du contrat. D'autres clauses de non-réaffiliation présentes dans les contrats analysés ont vocation à s'appliquer, que le contrat soit arrivé à échéance ou qu'il ait été résilié avant son terme. Certaines enseignes emploient des clauses plus générales de non-concurrence tantôt applicables uniquement en cas de résiliation anticipée du contrat, tantôt applicables lors de son terme prévu. Ces clauses de non-concurrence sont toutes d'une durée post-contractuelle d'un an. Enfin, plusieurs enseignes ne recourent ni à des clauses non-réaffiliation ni à des clauses de non-concurrence post contractuelles.
144. Par ailleurs, l'étendue géographique de ces clauses varie selon les enseignes : il peut ainsi s'agir du territoire concédé, d'un rayon de 30 km (en zone rurale), 20 km, 15 km, 10 km

(en zone urbaine) ou 5 km autour du magasin. Certaines clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles ne sont en revanche pas limitées géographiquement.

b) Les justifications apportées par les opérateurs aux clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

145. Les opérateurs justifient la présence de telles clauses par la nécessité de protéger le savoir-faire transmis aux magasins affiliés qui ont décidé de quitter le réseau.
146. Dans le secteur de la distribution alimentaire, le savoir-faire que les groupes s'engagent à transmettre à leurs affiliés consisterait en général en :
- des conseils relatifs à l'organisation générale de l'activité du magasin, et plus particulièrement à la politique commerciale et à l'agencement du magasin, aux budgets d'investissement et aux comptes d'exploitation souhaitables, aux actions promotionnelles à mener, à la gestion commerciale, administrative et financière, dont la fourniture de prix de vente aux consommateurs conseillés, de plans d'assortiment et d'implantation ;
 - des programmes de formation du personnel ;
 - une politique de communication et de publicité autour de l'enseigne ;
 - une aide à la recherche d'emplacements pour de nouveaux magasins ;
 - l'organisation de réunions sur les perspectives d'évolution de l'enseigne etc.

c) L'analyse juridique des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

147. Dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire, il ne paraît pas exclu de pouvoir assimiler les clauses de non-réaffiliation à des clauses de non-concurrence. En outre, ces clauses doivent répondre à une exigence de nécessité et de proportionnalité dont il n'est pas certain qu'elle soit respectée par les relations entre magasins indépendants et groupes d'affiliation.

L'assimilation de la clause de non-réaffiliation à une clause de non-concurrence post-contractuelle

148. La jurisprudence distingue les clauses de non-réaffiliation des clauses de non-concurrence post-contractuelles, au motif que les premières imposent une restriction à la poursuite de l'activité de commerçant, et non une interdiction. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt récent : « (...) *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* » (Cass.com. 28 septembre 2010, n° de pourvoi: 09-13888). La Cour de cassation a néanmoins eu à plusieurs reprises l'occasion de soumettre les clauses de non-réaffiliation aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence post-contractuelles (Cass. com. 17 janvier 2006, n° pourvoi : 03-12382 ; Cass. civ.2^{ème} 10 janvier 2008, n° pourvoi : 07-13558).
149. En effet, dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce et sa rentabilité aléatoire, la clause de non-réaffiliation pourrait valablement être assimilée à une clause de

non-concurrence. Tel pourrait également être le cas si un magasin non-affilié n'était pas en mesure d'exercer une réelle pression concurrentielle sur les magasins affiliés.

150. De fait, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, la distinction entre clause de non-réaffiliation et clause de non-concurrence apparaît particulièrement fragile. En effet, de plus en plus de commerces d'alimentation générale choisissent de s'affilier à une enseigne afin de bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractives, y compris sur le marché des commerces alimentaires de proximité. Selon l'IFLS³⁴, la quasi-totalité des supermarchés de proximité (97,8 % des magasins et 97,9 % des surfaces de vente) de plus de 400 m² sont ainsi liés à des grands groupes français de distribution, et le rôle des groupes de distribution sur les formats de plus petite taille irait également croissant, puisque 34 % des magasins de proximité d'une surface comprise entre 120 et 400 m², soit 43,5 % de la surface commerciale totale des magasins de cette superficie, seraient déjà affiliés à une enseigne. Ainsi, plus un magasin est grand, plus l'affiliation à un réseau d'enseigne peut être nécessaire à son exploitation. Enfin, les éléments qualitatifs recueillis auprès des opérateurs eux-mêmes tendent également à confirmer cette hypothèse : à titre d'exemple, décrivant les facteurs de réussite du commerce de proximité, le directeur exécutif d'un groupe de distribution a ainsi mentionné l'étendue de l'offre, le niveau d'acceptabilité du prix, le nouveau système promotionnel mis en place, le recours aux cartes de fidélité inter-formats et inter-magasins.
151. Il apparaît donc que dans le secteur de la distribution alimentaire, le fait d'être affilié à un groupe de distribution constitue pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité ou, à tout le moins, une condition nécessaire à l'exercice d'une pression concurrentielle sur les magasins affiliés. Dès lors, dans ce secteur d'activité, les clauses de non-réaffiliation pourraient valablement être assimilées à des clauses de non-concurrence.

Des clauses qui doivent être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent

152. Conformément à une jurisprudence communautaire et nationale constante, le Conseil de la concurrence a admis la présence de clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation dans les contrats de franchise, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de nécessité et de proportionnalité. Dans ses décisions n° [96-D-36](#) du 28 mai 1996 et n° [97-D-48](#) du 18 juin 1997, le Conseil a précisé ces conditions : « *Considérant que les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité ; que ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent ; Considérant que le règlement (CEE) n°4087/88 prévoit qu'une obligation de non-concurrence ne peut être imposée aux franchisés après l'expiration du contrat que pour une durée raisonnable qui ne peut excéder un an et seulement dans la mesure où une telle obligation est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau ;* »
153. En particulier, l'article 5.3 du règlement communautaire n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées prévoit que l'exemption par catégorie ne

³⁴ Le commerce d'alimentation générale de proximité, IFLS, 2007.

s'applique pas aux accords verticaux qui contiennent toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, sauf si les conditions suivantes sont cumulativement remplies : a) l'obligation concerne des biens et des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels ; b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ; c) l'obligation est indispensable à la protection du savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord ».

154. À cet égard, dans un arrêt du 9 juin 2009 la Cour de cassation, reprenant les exigences posées par le règlement communautaire 2790/1999 (remplacé depuis par le règlement n° 330/2010 précité) a cassé un arrêt de cour d'appel ayant déclaré valable une clause de non-concurrence post -contractuelle d'une durée d'un an et applicable dans un rayon de 30 km autour du point de vente, prévue dans un contrat de franchise conclu entre la société Distribution Casino France (le franchiseur) et la société Perrosdis (le franchisé) : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le bénéficiaire de l'exemption prévue à l'article 5 b) du règlement 2790/1999 en faveur des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réservé uniquement à celles, d'une durée d'un an, qui sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire qui lui a été transféré par son cocontractant, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Cass.com. 9 juin 2009, n° 08-14301).

La validité des clauses relevées dans les contrats d'affiliation au regard des règles énoncées

155. Il convient d'examiner dans quelle mesure les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles prévues dans les contrats d'affiliation sont véritablement nécessaires à la protection du savoir-faire, à l'identité commune et à la réputation du réseau, puis de s'interroger sur le caractère proportionné de ces clauses au regard des objectifs poursuivis.

Sur le caractère nécessaire à la protection du savoir-faire

156. Au regard des contrats d'affiliation transmis aux services d'instruction et des auditions menées avec les opérateurs, le savoir-faire transmis par les enseignes à leurs affiliés et adhérents présente trois caractéristiques :
- Premièrement, une part de ce savoir-faire est observable en magasin, notamment celui relatif à l'agencement du magasin, à son assortiment et aux plans d'implantation des produits. Il n'a donc pas lieu d'être protégé par des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation.
 - Deuxièmement, une autre part de ce savoir-faire est constituée d'éléments non-observables mais communs à toutes les enseignes et indispensables à l'exercice de la profession de commerçant. Il en va notamment ainsi des compétences du commerçant indépendant en matière de gestion financière ou d'implantation des magasins. Commun à tous les magasins, ce savoir-faire n'a donc pas non plus lieu d'être protégé, d'autant que la rentabilité de son transfert est assurée par les contrats d'affiliation de longue durée passés entre les magasins indépendants et leurs têtes de réseau. Enfin, ce savoir-faire est partie intégrante de l'expérience et de la compétence professionnelle du gérant de

magasin, et il n'est donc pas possible de l'empêcher d'en faire usage à l'issue du contrat.

- Troisièmement, une dernière part du savoir-faire est constituée d'éléments spécifiques à l'enseigne et difficilement observables par les concurrents, comme le savoir-faire relatif à la politique de promotion de l'enseigne. Cette composante du savoir-faire peut justifier la présence de clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles même si, dans la plupart des cas, cette composante du savoir-faire peut être parfaitement protégée par une clause de confidentialité. La plupart des contrats d'affiliation incluent d'ailleurs de telles clauses de confidentialité qui, contrairement aux clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles qui interdisent à l'affilié d'exercer son activité pendant un certain laps de temps à l'issue du contrat, se bornent à interdire à l'affilié de réutiliser directement ou indirectement le savoir-faire transmis ou de le divulguer à un tiers, sous peine de poursuites judiciaires. En outre, il convient de remarquer que le magasin indépendant n'est bien souvent pas décisionnaire des stratégies susceptibles de s'appuyer sur ce type de savoir-faire, chaque enseigne disposant de ses propres orientations en la matière. En changeant d'enseigne, l'affilié abandonne *de facto* la majeure partie du savoir-faire, tant spécifique que général, transmis par le groupe auquel il était affilié jusqu'alors afin d'adopter celui transmis par le nouveau groupe auquel il sera affilié. Dès lors, l'éventuel transfert de savoir-faire d'une enseigne à une autre par le biais de ses magasins indépendants paraît limité.

157. Au final, le savoir-faire nécessitant ou pouvant effectivement faire l'objet d'une protection par le biais de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation semble relativement limité. De plus, les clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats de certaines enseignes ne sont exercées qu'en cas de rupture anticipée de la relation contractuelle, tendant à indiquer que celles-ci ne sont pas liées à la crainte d'une « fuite » du savoir-faire vers des groupes de distribution concurrents – car si tel était le cas, elles s'appliqueraient indépendamment de la circonstance, rupture ou échéance au terme prévu du contrat, conduisant à la fin du contrat.

Sur le caractère nécessaire et proportionné au regard de l'objectif de protection de l'identité commune et de la réputation du réseau.

158. L'insertion d'une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelle dans les pactes d'associés et dans les contrats de mise en location-gérance permet également de préserver l'identité et la réputation d'une enseigne en marquant une rupture dans l'exploitation du fonds de commerce, afin de s'assurer que l'ancien affilié n'emporte pas avec lui un élément important du fonds de commerce, en se réinstallant à son compte. De manière similaire, une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation peut s'avérer nécessaire, lorsque l'affilié possède son fonds de commerce et les murs de son local, ou envisage de poursuivre son activité dans un autre local situé dans la même zone de chalandise, pour marquer une rupture dans l'exploitation, afin que l'affilié ne continue pas à bénéficier de la réputation et de l'image acquise auprès de ses clients grâce à son affiliation passée à une enseigne.
159. Toutefois, compte tenu de la rapidité avec laquelle évoluent les concepts de vente, on peut valablement s'interroger sur la nécessité de marquer une rupture dans l'exploitation d'un local ou d'un fonds de commerce avec l'instauration d'une clause de non-concurrence post-contractuelle relativement longue. De plus, étant donné la relative faiblesse de la différenciation qui existe entre les différentes enseignes d'alimentation de proximité, il ne

semble dès lors pas nécessaire d'imposer aux affiliés des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles de longues durées pour préserver l'image du réseau.

160. Enfin, il convient de rappeler que conformément à l'article 5.3 du règlement n°330/2010 précité (cf. paragraphe 153) les clauses de non-concurrence post-contractuelles doivent, pour pouvoir bénéficier de l'exemption, à la fois être indispensables à la protection du savoir-faire et limitées aux locaux à partir desquels l'affilié a exercé ses activités pendant la durée du contrat d'une part, et limitées à une durée de un an à compter de l'expiration de l'accord, d'autre part.
161. Dès lors, il apparaît que la plupart des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées dans les contrats d'affiliation étudiés ne remplissent pas les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis, érigées par le droit de la concurrence.

5. LES DROITS DE PRIORITÉ AU PROFIT DES GROUPES DE DISTRIBUTION

162. La plupart des contrats analysés comprennent des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés valables pendant toute la durée de la relation et plusieurs années après (a), auxquels les opérateurs n'apportent pas de justification convaincante (b). Eu égard à la faible mobilité des magasins indépendants entre groupes de distribution, l'analyse juridique de ce type de clauses conduit à s'interroger sur leur caractère anticoncurrentiel (c).

a) La présence, dans la plupart des contrats, de droits de priorité valables pendant toute la durée du contrat et plusieurs années après l'arrivée à échéance de ce dernier

163. La plupart des contrats analysés prévoient des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés. Généralement, deux types de droit de priorité sont alternativement employés. Les droits de préférence donnent au réseau d'origine le privilège de la première offre d'achat. En cas de désaccord entre les parties sur les conditions de la vente, ces dernières sont fixées à dire d'expert. Les droits de préemption, quant à eux, permettent au réseau d'origine de s'aligner sur l'offre formulée par un groupe concurrent.
164. La durée de validité de ces clauses varie selon les enseignes. Pour certaines, le droit de priorité consenti par l'affilié à sa tête de réseau n'est valable que pendant la relation contractuelle. Toutefois, dans la plupart des cas, le droit de priorité survit au terme du contrat pour des durées pouvant aller de un à quinze ans et parfois même, pour une durée illimitée.
165. L'ensemble des droits de priorité recensés sont assortis d'un droit d'agrément au profit du groupe de distribution : si la tête de réseau renonce à son droit de priorité, le repreneur doit néanmoins être agréé par cette dernière pour poursuivre le contrat en cours. A défaut, le contrat est réputé résilié à l'initiative de l'affilié.

b) Les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces droits de priorité

166. Les opérateurs donnent deux justifications principales à l'insertion de droits de priorité dans les contrats d'affiliation. En premier lieu, ces clauses viseraient à assurer le maintien de leurs magasins affiliés dans le réseau, à pérenniser ainsi leur parc de magasins et par conséquent à maintenir leurs volumes d'achat et leur compétitivité. La survie de ces clauses au terme du contrat viserait à contrer le risque de contournement du dispositif par un affilié qui, souhaitant vendre son magasin à un concurrent mieux offrant, attendrait l'arrivée à échéance de son contrat pour vendre son magasin audit concurrent. De même, la durée relativement longue des droits de priorité viserait à éviter que le dispositif ne puisse être contourné, par exemple par un opérateur intégré qui se contenterait de livrer le magasin resté indépendant afin de le racheter une fois le droit de priorité expiré.
167. En second lieu, les groupements coopératifs justifient la présence de telles clauses comme étant un moyen de contrer les pratiques « prédatrices » des réseaux intégrés qui, dotés de ressources financières plus importantes, seraient disposés à surenchérir pour acquérir des magasins et des emplacements commerciaux, et ainsi améliorer leur puissance d'achat et leur compétitivité.
168. La pertinence de ces arguments demeure toutefois très relative. En premier lieu, si ces droits de priorité visent à parfaire le dispositif censé empêcher que les magasins indépendants ne quittent un groupe de distribution pour un autre, ils s'ajoutent alors aux durées d'engagement longues et aux clauses de non-concurrence déjà constatées, censées permettre aux groupes de distribution de rentabiliser le savoir-faire et, dans certains cas, le fonds de commerce transmis.
169. En second lieu, il n'appartient pas aux réseaux de distribution de déterminer quel est le mode d'organisation optimal du secteur de la distribution (intégré ou affilié) et d'empêcher leurs membres de choisir l'un ou l'autre de ces deux modes. En l'occurrence, la concurrence que se livrent ces différents formats pour faire croître leurs réseaux doit être arbitrée par les choix des consommateurs, qui privilégient le mode d'organisation leur procurant le rapport qualité-prix le plus favorable, et non par les clauses discriminatoires insérées dans les contrats d'affiliation ou de franchise. Lorsque l'acquisition est susceptible de restreindre excessivement les choix des consommateurs, l'évaluation de ses effets demeure du seul ressort des autorités de concurrence, qui, en fonction du niveau de concurrence subsistant dans la zone de chalandise, autorisent ou non le projet d'acquisition. L'abaissement des seuils de notification pour les opérations de concentration réalisées dans le secteur du commerce de détail permet précisément une évaluation des rachats de magasins indépendants, dès lors que les montants en jeu (15 millions d'euros de chiffres d'affaires annuels) sont suffisamment conséquents pour que des contraintes de nature financière puissent empêcher certains groupes de participer à cette concurrence.

c) L'analyse juridique des droits de priorité prévus dans les contrats d'affiliation

170. Les autorités de concurrence françaises ont déjà eu à traiter des droits de priorité du type de ceux employés dans les contrats de franchise ou d'affiliation. Dans sa décision n° [95-D-39](#) du 30 mai 1995 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location d'emplacements publicitaires destinés à l'affichage de grand format, le Conseil de la concurrence avait ainsi considéré « *que la clause de préférence en fin de bail organise une asymétrie dans la négociation de location des emplacements en permettant à l'afficheur en place de limiter artificiellement son risque de voir l'emplacement lui échapper ; qu'en*

effet, par le jeu de cette clause, le loueur d'un emplacement en fin de bail connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a la garantie de pouvoir toujours conserver son espace sans avoir à surenchérir sur une offre concurrente ; qu'à l'inverse, un concurrent désirant obtenir la location d'un espace précédemment loué à une autre entreprise ne sera jamais assuré, même s'il surenchérit, de pouvoir obtenir l'espace convoité ; que les entreprises concernées ont reconnu l'efficacité de la clause de préférence en fin de bail pour limiter la mobilité des panneaux ; qu'ainsi, cette clause, qui ne peut être regardée comme nécessaire à la protection de la qualité des produits, a pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché de l'affichage de grand format en limitant la fluidité des emplacements publicitaires entre les afficheurs au-delà même de la période de six ans fixée comme durée maximale des contrats de louage d'emplacements par la loi du 29 décembre 1979. ».

171. De même, dans son avis n° [09-A-21](#) du 24 juin 2009, l'Autorité a recommandé au gouvernement, s'agissant des stations-services indépendantes, « [d']interdire les clauses de préférence qui prévoient que le fournisseur dispose d'une priorité pour racheter le fonds de commerce en cas de retrait d'activité de l'indépendant » (paragraphe 240) et ce afin d'éviter la « consolidation [des réseaux intégrés] par rachat des indépendants et généralisation de la gestion en location-gérance » (paragraphe 230).
172. Les droits de préemption qui prévoient la possibilité pour la tête de réseau bénéficiaire de s'aligner sur les conditions du meilleur acheteur, et de conclure ainsi la vente, organisent au profit du groupe de distribution bénéficiaire une asymétrie dans la négociation du rachat de ses magasins affiliés en lui permettant de limiter artificiellement son risque de voir ces magasins être rachetés par des concurrents. En effet, par le jeu de cette clause, le groupe de distribution bénéficiaire connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a quasiment la garantie, sauf s'il ne peut ou ne veut pas payer, de pouvoir toujours conserver ses magasins affiliés dans son réseau sans avoir à surenchérir sur une offre concurrente. A l'inverse, ce type de clauses dissuade les groupes de distribution concurrents d'entrer en négociation avec le propriétaire du magasin souhaitant vendre son magasin. En effet, leurs offres de rachat, dont l'élaboration peut s'avérer relativement coûteuse eu égard aux différentes expertises et évaluations qu'elles nécessitent, ont peu de chance d'aboutir, le groupe de distribution bénéficiaire du droit de priorité pouvant les suppléer à conditions et termes équivalents dans la conclusion du contrat de vente. L'absence d'incitation des groupes concurrents à formuler des offres d'achat diminue le pouvoir de négociation du propriétaire du magasin et accroît donc celui de la tête de réseau, qui peut ainsi assurer la pérennité de son réseau à moindre coût.
173. Les droits de préférence qui obligent l'affilié à proposer en priorité la vente de son magasin à sa tête de réseau soulèvent également des préoccupations de concurrence. En effet, dans ce cas de figure, le propriétaire du magasin n'a pas la possibilité de solliciter d'offre de la part de groupes concurrents avant d'avoir, au préalable, proposé son magasin à la vente à sa tête de réseau. Le fait que le magasin mis en vente ne soit pas confronté aux règles du marché et que le prix de vente de ce dernier soit dès lors fixé par une méthode de valorisation prévue au contrat ou à dire d'expert est de nature à minorer la valeur du magasin, permettant ainsi à la tête de réseau bénéficiaire du magasin de conserver dans son réseau des magasins à moindre coût.
174. Il apparaît que tant les droits de préemption que les droits de préférence consentis aux groupes de distribution ont pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents.

- 175. En outre, ces dispositifs dissuadent les groupes de distribution concurrents d'accueillir dans leur réseau un magasin affilié grevé d'un droit de priorité au profit de son ancienne tête de réseau et ce, pour un certain nombre d'années ou pour une durée illimitée.
- 176. Enfin, ces clauses constituent de véritables barrières à l'entrée car elles empêchent tout nouvel entrant d'accéder au réseau de magasins indépendants. En effet, la présence de ce type de clauses dans la plupart des contrats d'affiliation est susceptible d'engendrer une répartition territoriale des groupes de distribution artificielle : le fait que chaque opérateur ait la possibilité de se réserver les emplacements vacants de ses anciens affiliés aboutit à figer de manière immuable les implantations géographiques des groupes de distribution.
- 177. Ces dispositifs participent en conséquence à la faible mobilité des magasins entre les enseignes et aux préoccupations de concurrence que celle-ci soulève.

B. LES DISPOSITIFS CAPITALISTIQUES CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS ENTRE LES GROUPES DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

- 178. De plus en plus fréquemment, les groupes de distribution, tant intégrés que coopératifs, prennent des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs affiliés leur conférant une minorité de blocage.
- 179. Certains groupes intégrés de distribution, mais pas tous, ont développé une politique très active de prise de participation au sein de leurs magasins franchisés.
- 180. Ces prises de participations varient en règle générale entre 26 % et 50 % du capital de la société d'exploitation de l'affilié, conférant fréquemment aux groupes de distribution une minorité de blocage. En outre, par le jeu des clauses d'enseigne et des règles de majorité présentes dans les statuts et/ou pactes d'associés, les groupes de distribution disposent d'un véritable droit de veto concernant le changement d'enseigne du magasin. Par ailleurs, les pactes d'associés prévoient souvent un droit de priorité réciproque entre actionnaires sur les titres de la société, par lequel les actionnaires s'engagent réciproquement, en cas de vente de leurs titres, à donner la préférence aux autres actionnaires à un prix déterminable basé sur un ratio d'investissement et des règles de valorisation prévues dans le pacte. Enfin, les pactes d'associés comportent en général une clause de non-concurrence interdisant à l'affilié personne physique (à la différence des clauses de non-concurrence présentes dans les contrats de franchise qui engagent pour leur part les sociétés d'exploitation) ayant cédé l'intégralité de ses titres, d'exercer pendant plusieurs années une activité concurrente, notamment en étant actionnaire d'une société d'exploitation d'un magasin alimentaire.
- 181. Les groupements coopératifs participent également au capital des sociétés adhérentes. En effet, l'article L. 124-1, 7° du code de commerce permet aux coopératives de « *prendre des participations même majoritaires dans des sociétés directement ou indirectement associées exploitant des fonds de commerce* ». Il s'agirait là encore d'une pratique de plus en plus fréquente.
- 182. L'Autorité est amenée à analyser certaines de ces prises de participations dans le cadre du contrôle des opérations de concentration. A titre d'exemple, dans le cadre de la décision n° 10-DCC-88 du 4 août 2010 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nico par la société Marchal, il a été relevé que les statuts de la société d'exploitation de l'adhérent Intermarché (en l'espèce, la société Nico) conféraient à ITM Entreprises, via son action de

préférence et pendant une durée de 25 ans, la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous enseigne concurrente. De plus, les statuts prévoyaient qu'au-delà de cette période, ITM Entreprises conservait un droit de priorité, en cas de cession, pendant une période de 5 ans. Ces éléments ont permis à l'Autorité de la concurrence de considérer qu'ITM Entreprises exerçait un contrôle conjoint sur ladite société.

183. Outre des prises de participations « verticales » c'est-à-dire de la tête de réseau dans la société d'exploitation de l'adhérent, l'instruction a également constaté l'existence de prises de participations « horizontales », c'est-à-dire d'un ou plusieurs adhérents dans la société d'exploitation d'un autre adhérent. Dans ce cas de figure également, certaines dispositions statutaires et des pactes d'associés permettent de garantir le maintien de la société d'exploitation et du magasin dans le réseau dudit groupement.
184. Le cas échéant, les prises de participations des groupes de distribution dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés peuvent faire l'objet d'une notification auprès de l'Autorité de la concurrence, au titre du contrôle des concentrations (cf. *infra*, paragraphe 198). Cependant, il est à noter qu'à la différence des participations verticales, les participations horizontales au sein des groupements coopératifs n'ont jusqu'à présent jamais donné lieu à notification au titre du contrôle des concentrations, les chiffres d'affaires pris en compte étant ceux des adhérents parties à l'opération et non celui du groupement coopératif pris dans sa globalité.

VI. Analyse concurrentielle des pratiques constatées en matière d'affiliation et recommandations

185. La faible mobilité des magasins affiliés entre les réseaux de distribution concurrents, pour partie due aux pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les différents groupes de distribution (A), produit des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont de l'approvisionnement que sur le marché aval de la vente de détail (B). Les pratiques constatées sont susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence mais, à ce jour, l'Autorité de la concurrence préfère formuler des recommandations qu'elle entend voir être suivies d'effets grâce à la mobilisation des opérateurs et des instances professionnelles concernés (C).

A. LES CONSTATS

186. Les pratiques contractuelles et capitalistiques constatées, qui ont pour objet et/ou pour effet de freiner la mobilité des magasins affiliés entre réseaux concurrents (1), produisent des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont que sur le marché aval du secteur de la distribution alimentaire (2).

1. SYNTHÈSE DES DIFFÉRENTS OBSTACLES À LA MOBILITÉ CONSTATÉS

187. L'instruction a permis de démontrer que les pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les groupes de distribution et exposées *supra* limitent la mobilité des magasins entre enseignes concurrentes, déjà freinée par les aléas économiques inhérents à tout changement d'enseigne.
188. La durée longue des contrats et leur reconduction tacite constituent un premier obstacle à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution. Dans certains cas, cet obstacle est renforcé par l'interdépendance de fait qui existe entre les différents contrats liant l'affilié et le groupe de distribution, par les indemnités élevées prévues en cas de rupture anticipée, et par le paiement différé du droit d'entrée par l'affilié, à savoir à la date de cessation du contrat. Enfin, les clauses d'arbitrage insérées dans certains contrats contribuent également à rendre coûteuse toute procédure de règlement des litiges entre les groupes et leurs affiliés.
189. Deuxièmement, même lorsqu'il a été mis fin au contrat, certains anciens affiliés demeurent liés à leur tête de réseau par des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles. En conséquence, ils ne sont pas en mesure, après leur sortie du réseau, de gérer un magasin au sein d'un réseau concurrent.
190. Enfin, une troisième difficulté est liée aux dispositions qui limitent les possibilités qu'auraient les affiliés de céder leur entreprise à des tiers au réseau. Les droits de priorité relevés dans les documents contractuels s'appliquent pendant une durée en général importante, pendant laquelle les groupes disposent d'un droit de préférence ou d'un droit de préemption sur la vente et/ou la location-gérance du fonds de commerce et/ou sur les parts de la société d'exploitation. La difficulté de céder un fonds de commerce à un tiers au réseau semble, par ailleurs, renforcée, pour un nombre significatif et croissant d'affiliés, par l'existence de prises de participations avec minorité de blocage de la part des différents groupes de distribution dans les fonds de commerce des affiliés, leur permettant de contrôler l'identité des repreneurs potentiels.
191. L'ensemble de ces pratiques génèrent de nombreux contentieux, souvent initiés par les groupes de distribution lors du départ de l'un de leur magasin affilié sous un réseau concurrent. Le plus souvent, ces conflits donnent lieu à des procédures judiciaires ou arbitrales longues et coûteuses et constituent donc un élément de dissuasion supplémentaire à l'égard des magasins indépendants souhaitant quitter leur réseau.

2. L'IMPACT DE LA FAIBLE MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS SUR LE JEU CONCURRENTIEL

192. Les obstacles contractuels et capitalistiques au changement d'enseigne et la faible mobilité des magasins indépendants entre les réseaux de distribution qui en résulte doivent être analysés au regard de la structure du secteur de la grande distribution à dominante alimentaire. L'instruction de l'avis a démontré que de nombreuses zones de chalandise demeureraient excessivement concentrées, du fait des barrières significatives à l'implantation existant sur ce secteur. Elle a également montré qu'en dépit de l'absence de clause d'exclusivité d'approvisionnement dans les contrats les liant à leur tête de réseau et à sa centrale d'achat, les magasins indépendants tendent à s'approvisionner, pour l'essentiel de leurs besoins, auprès du groupe de distribution auquel ils sont rattachés. De ce fait, l'opérateur qui souhaiterait entrer dans une zone de chalandise ou dans un circuit de

distribution où il est encore absent et faire bénéficier le consommateur d'une politique commerciale plus compétitive doit disposer d'un parc de magasins, intégrés ou affiliés : il ne peut en pratique vendre ses marchandises à des magasins indépendants affiliés à des groupes concurrents.

193. Dans ce contexte sectoriel, tout obstacle à une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les réseaux est alors dommageable à l'efficacité du secteur de la grande distribution alimentaire et aux bénéfices que peut en retirer le consommateur. En effet, compte tenu des obstacles à la création de nouveaux magasins, l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché amont de l'approvisionnement ne pourrait vraisemblablement s'effectuer qu'en s'appuyant sur des magasins indépendants issus des réseaux de distribution existants. Les obstacles juridiques au changement d'enseigne rendent toutefois presque impossible la mise en œuvre d'une telle stratégie d'entrée, comme le démontrent d'ailleurs les stratégies de croissance des opérateurs existants, qui, en dépit de leurs limites, privilégient la création de magasins plutôt que l'affiliation, la franchise ou le rachat de magasins concurrents. A l'inverse, des contrats d'affiliation autorisant une réelle mobilité des magasins indépendants pourraient encourager l'entrée d'un nouvel opérateur.
194. En outre, les obstacles à l'entrée résultant du verrouillage des contrats d'affiliation et de franchise produisent également leurs effets au niveau des marchés locaux. Comme indiqué précédemment, de nombreuses zones de chalandise affichent un taux de concentration particulièrement élevé, notamment en raison du nombre limité de groupes de distribution présents sur ces zones (plutôt qu'en raison du nombre de magasins effectivement implantés). Une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les enseignes pourrait donc permettre l'entrée de groupes de distribution sur des zones de chalandise où ils ne sont pas encore présents et ce d'autant plus que la densité commerciale sur certaines zones de chalandise est déjà élevée, ce qui rend d'autant plus difficile l'arrivée d'une concurrence extérieure. A l'heure actuelle, toutefois, les obstacles contractuels et capitalistiques à la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes dissuadent la mise en œuvre de telles stratégies : les opérateurs privilégient donc celle, plus coûteuse et plus lente, de la création de magasins.
195. Enfin, des contrats d'affiliation plus ouverts permettraient également aux magasins indépendants de mettre plus fréquemment en concurrence les groupes de distribution, et ainsi de bénéficier de meilleures prestations de leur part, qu'il s'agisse de prix d'achats plus bas, d'une meilleure qualité de l'approvisionnement ou d'une meilleure communication de l'enseigne. Cette mise en concurrence des groupes de distribution par les magasins indépendants bénéficierait au final au consommateur, qui se verrait rétrocéder une partie des avantages ainsi acquis par les magasins indépendants. Elle permettrait également au consommateur de profiter pleinement de la concurrence qui est susceptible d'exister entre les opérateurs actifs sur le marché national de la grande distribution à dominante alimentaire, souvent plus forte que celle qui peut s'exercer sur des marchés de détail locaux nettement plus concentrés que le marché national. Des contrats d'affiliation plus ouverts sont enfin d'autant plus nécessaires que du fait des obstacles à la création de nouveaux magasins, le nombre et l'importance des nouveaux magasins indépendants susceptibles de rejoindre les groupes de distribution sont trop limités pour les contraindre à rendre leurs conditions d'affiliation plus flexibles.

B. DES PRATIQUES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPRÉHENDÉES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE MAIS AU PRIX DE DÉLAIS ET D'INCERTITUDES IMPORTANTS

196. En préambule, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'un avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'elle est organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce lui permet de porter une telle appréciation. Dans cette section, il s'agit uniquement d'évoquer de façon non-exhaustive les instruments juridiques dont dispose l'Autorité de la concurrence pour contrôler et, le cas échéant, corriger, les comportements constatés en matière de contrats d'affiliation dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire.
197. Le droit des concentrations ne peut appréhender les pratiques consistant, pour un groupe de distribution, à prendre le contrôle de ses affiliés par le biais de contrats de distribution ou des prises de participation que dans des circonstances très particulières et sous réserve que les chiffres d'affaires des magasins impliqués respectent les seuils de notification (1). Des procédures contentieuses pourraient également être initiées à l'encontre des groupes de distribution liant leurs magasins indépendants de façon excessive. Ces procédures sont toutefois longues et incertaines. Une solution concertée avec les opérateurs présenterait de ce fait des avantages d'efficacité (2).

1. AU TITRE DU DROIT DES CONCENTRATIONS

198. Les paragraphes 581 et suivants des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations exposent l'application faite par les autorités de concurrence du droit commun des concentrations aux relations existant au sein de réseaux de distribution. S'il n'est pas exclu que la conclusion d'un contrat de distribution puisse conférer à une tête de réseau une influence déterminante sur l'activité d'un magasin (a), c'est essentiellement au travers des prises de participations minoritaires que le droit des concentrations a vocation à contrôler l'organisation des réseaux de distribution (b).

a) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par la conclusion d'un contrat de distribution

199. Les lignes directrices rappellent que la seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L.430-1 du code de commerce que dans des cas très spécifiques. En particulier, les dispositions typiques comprises dans les contrats d'enseigne et de franchise (respect de normes de commercialisation, par exemple) ne donnent pas à la tête de réseau une influence déterminante sur ses franchisés tant que ces derniers continuent de supporter les risques commerciaux inhérents à leur activité (gestion des stocks, politique de prix).
200. Cependant, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait, les contrats de distribution sont susceptibles de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité de la concurrence peut ainsi juger que des contrats de distribution s'accompagnant d'une cession d'actifs (stocks, locaux, fonds de commerce, participation au capital –cf. le point b *supra*) sont susceptibles de donner à la tête de réseau un contrôle des actifs de son affilié, mais sous réserve qu'il soit possible d'attribuer à ces actifs un

chiffre d'affaires déterminé et que les seuils de notification des concentrations soient atteints. De même, les contrats de distribution limitant l'autonomie des magasins affiliés, tant dans leur politique commerciale que dans leurs possibilités de changer de réseau, peuvent octroyer à la tête de réseau une influence déterminante sur le magasin affilié³⁵.

b) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par une prise de participation minoritaire lui conférant une minorité de blocage sur les décisions stratégiques.

201. L'acquisition d'une participation minoritaire par la tête de réseau peut également, dans certains cas, constituer une opération de concentration, notamment lorsqu'elle s'accompagne d'une modification des statuts de l'entreprise concernée. L'Autorité de la concurrence appréciera dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent. En particulier, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, la tête du réseau de distribution est en mesure d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau et, jointe au contrat de distribution, la participation minoritaire confère alors à la tête de réseau une influence déterminante. Il en ira de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voire même de la détention d'une seule action de préférence. A cet égard, les lignes directrices renvoient notamment aux décisions de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis et n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 ITM/Mikery.

c) Les limites du seul recours au droit des concentrations pour appréhender les dispositifs contractuels liant les magasins indépendants et leurs têtes de réseau

202. A l'exception des cas où le contrat liant le magasin indépendant à sa tête de réseau s'accompagne d'une prise de participation minoritaire, la requalification de certains contrats d'affiliation en opération de concentration reste rare. Cette requalification est porteuse d'une certaine incertitude juridique préjudiciable aux opérateurs, et notamment aux magasins indépendants, et sa généralisation accroîtrait significativement les coûts des procédures de concentration, tant pour les entreprises que pour l'administration. Plus généralement, le droit des concentrations ne trouve à s'appliquer que dès lors que l'opération – quelle que soit sa forme : participation majoritaire, participation minoritaire entraînant une influence déterminante, contrat entraînant une influence déterminante – respecte les seuils de notification. Pour mémoire, la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 a abaissé les seuils de notification des concentrations portant sur les magasins du secteur du commerce de détail, de 150 à 75 millions d'euros pour le seuil « global » et de 50

³⁵ À titre d'exemple, le Ministre chargé de l'Économie a décidé qu'un contrat d'approvisionnement quasi-exclusif accordait au fournisseur une influence déterminante sur la gestion courante et sur la politique commerciale de son réseau de distribution (Min. Eco, 5 mars 2009, Inbev/Pédanadel). Il a considéré que l'influence déterminante était établie dès lors que l'accord de fourniture exclusive entre le fournisseur et les membres du réseau, d'une durée considérablement longue (10-15 ans), prévoyait notamment l'application de pénalités très lourdes en cas de non réalisation des objectifs annuels de progression et de maintien, l'existence d'un droit de préemption et l'impossibilité de renégocier les volumes d'achat, les montants de la rémunération et les pénalités.

à 15 millions d'euros pour les seuils individuels. Ce faisant, le contrôle des concentrations a désormais vocation à s'appliquer aux opérations concernant des hypermarchés et des grands supermarchés, mais non à celles concernant le commerce de proximité à dominante alimentaire, ou les supermarchés de taille intermédiaire (jusqu'à 2 000 m² environ). Surtout, les prises de participation réalisées avant l'abaissement des seuils demeurent acquises. Enfin, les prises de participation de certains groupements coopératifs parviennent à échapper au contrôle des concentrations en étant effectuées non par la tête de réseau mais par certains des magasins adhérents au groupement.

2. AU TITRE DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

203. Au terme de cet avis, l'Autorité de la concurrence estime que les caractéristiques des contrats de franchise et d'affiliation identifiées entraînent des effets restrictifs de concurrence sur les différents marchés de la grande distribution à dominante alimentaire. Ces pratiques pourraient donc faire l'objet d'une procédure contentieuse contradictoire, en application de l'art. 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (a). Elles pourraient également, sous plusieurs conditions, être poursuivies au titre de la prohibition des abus de dépendance économique (b).

a) En application des dispositions législatives sur les ententes verticales

204. Aucun des groupes de distribution, considérés comme des fournisseurs de produits via leur centrale d'achat, ne détient une part de marché supérieure à 30 %. De même, aucun des magasins ne représente plus de 30 % des ventes réalisées sur ce marché. Les seuils en-dessous desquels une exemption par catégorie pourrait être accordée, sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, ne paraissent donc pas être franchis.

205. En pratique, les effets restrictifs de concurrence des contrats d'affiliation décrits *supra* découlent d'une part de la généralisation des clauses entravant la mobilité des magasins indépendants à l'ensemble du secteur, d'autre part du pouvoir de marché que détiennent, sur certaines zones de chalandise, les magasins ou les groupes de distribution les mettant en œuvre. Une analyse conduite au niveau des zones de chalandise serait naturellement source de contestations du fait de leur nombre élevé et des incertitudes qui peuvent demeurer quant à leur délimitation en termes de produits et de frontières géographiques. Les difficultés d'une telle voie d'instruction paraissent avoir été implicitement reconnues par la Commission européenne à l'occasion de la publication des nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), qui ne font pas référence aux marchés de détail de la vente ou revente de produits ou de services mais au marché « amont » sur lequel le(s) fournisseur(s) éventuellement mis en cause vend(ent) les produits contractuels à l'acheteur et au marché sur lequel le distributeur achète les produits contractuels.

206. En revanche, les pratiques constatées pourraient être appréhendées au travers de l'application de la théorie dite des « effets cumulatifs ». Concrètement, l'article 6 du règlement d'exemption habilite en effet la Commission ou un État membre à retirer le bénéfice de l'exemption à des accords verticaux lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci sont restreints de façon significative par *l'effet cumulatif* de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs concurrents, i.e., lorsque ces restrictions produisent des effets similaires sur le marché et

lorsque les opérateurs y recourant couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. En l'espèce, tant les groupements coopératifs que les réseaux intégrés développant la franchise pour certains formats de vente ont mis en place des systèmes contractuels contribuant à préserver leurs réseaux respectifs et à éviter autant que possible la perte de points de vente, si bien que le seuil de 50 % ainsi défini paraît bien être franchi. De la même façon, si les caractéristiques particulières des contrats liant les magasins aux groupes de distribution peuvent différer (durée d'engagement, clauses et droits post-contractuels, présence ou non de droits d'entrée différés, taux d'approvisionnement auprès de la centrale, etc.), elles paraissent néanmoins de nature à produire des effets similaires de barrière à l'entrée sur un marché. Si l'existence d'effets cumulatifs devait, le cas échéant, être démontrée, l'Autorité de la concurrence, au vu de l'article 7 du règlement d'exemption, aurait la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption aux contrats d'affiliation des principaux groupes de distribution alimentaire, ce qui permettrait de qualifier ces accords de pratiques anticoncurrentielles au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE.

207. Pour autant, d'éventuelles procédures contentieuses entraîneraient des délais importants et une plus grande insécurité juridique pour les opérateurs, compte tenu des voies d'instruction (analyse des parts de marché au niveau des zones de chalandise, évaluation de l'effet cumulatif causé par un ensemble de contrats similaires) qui pourraient devoir être empruntées. Dans ces conditions, des voies alternatives d'amélioration de la fluidité des réseaux de distribution paraissent, dans un premier temps, devoir être recherchées. Dans la mesure où, compte tenu du nombre limité de nouveaux magasins susceptibles de faire jouer la concurrence entre têtes de réseau, il n'existe que peu d'incitations pour les groupes de distribution à réduire les effets de verrouillage de leurs dispositifs contractuels et capitalistiques, des propositions de nature législative paraissent être un remède adapté aux dysfonctionnements constatés dans les relations entre groupes de distribution et magasins indépendants.

b) En application des dispositions législatives sur les abus de dépendance économique

208. Les pratiques constatées pourraient également, le cas échéant, participer à la qualification d'abus de dépendance économique de certains comportements. En effet, dans sa décision SEFAG n° [10-D-08](#) du 3 mars 2010, l'Autorité de la concurrence a indiqué que la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur peut résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité est de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée (paragraphe 163 de la décision). Au demeurant, s'agissant du cas d'espèce de la décision précitée, l'état de dépendance économique dans les relations entre Carrefour et son réseau de distribution n'a pu être mis en évidence en raison de l'absence d'éléments sur la situation individuelle de chaque franchisé à l'égard d'une filiale du groupe Carrefour, et en l'absence d'homogénéité de la position des franchisés au sein du réseau Carrefour (paragraphe 166 et suivants de la décision).

209. Ainsi, il apparaît que les pratiques contractuelles et capitalistiques identifiées dans le cadre du présent avis pourraient, le cas échéant, permettre d'établir l'existence d'un état de dépendance économique entre un groupe de distribution et ses affiliés. Toutefois, pour que la qualification d'abus de dépendance puisse être retenue, il conviendrait, après avoir

rapporté l'existence d'un état de dépendance économique entre le groupe de distribution et chacun de ses affiliés concernés, démontrer le comportement abusif du groupe de distribution à l'égard de ses affiliés, qui pourrait notamment consister en la mise en œuvre d'une ou plusieurs pratiques restrictives de concurrence prévues au I de l'article L. 442-6 du code de commerce, et que celui-ci affecte l'état de la concurrence, par exemple s'il se produit sur une zone de chalandise concentrée. La démonstration d'une telle pratique anticoncurrentielle semble, à l'évidence, d'autant moins aisée qu'elle nécessiterait d'appréhender chaque cas de façon particulière. Compte tenu du caractère généralisé des dispositifs contractuels et capitalistiques constatés dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, une telle voie n'apparaît donc guère effective pour remédier aux préoccupations de concurrence décrites dans cet avis.

C. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

210. Plusieurs mesures permettraient d'améliorer la fluidité des réseaux de distribution. Celles-ci visent, d'une part, à permettre aux magasins indépendants de choisir de façon libre et éclairée le groupe de distribution auquel ils décident de s'affilier (1) et, d'autre part, à limiter la durée des engagements souscrits et à faciliter les conditions de sortie du réseau afin d'accroître la mobilité des magasins entre réseaux concurrents (2). Ces recommandations pourraient, dans un premier temps, être mises en œuvre avec le concours des organismes professionnels du secteur. A défaut pour les opérateurs de suivre les recommandations fournies, l'intervention du législateur pourrait dès lors s'avérer nécessaire (3).

1. LA NÉCESSITÉ DE PERMETTRE AUX MAGASINS INDÉPENDANTS DE FAIRE UN CHOIX LIBRE ET ÉCLAIRÉ DU GROUPE DE DISTRIBUTION AUQUEL ILS DÉCIDENT DE S'AFFILIER

211. Un magasin indépendant candidat à l'affiliation doit pouvoir comparer les conditions d'affiliation proposées par les différents groupes. Un réseau proposant des durées d'engagement moins longues et/ou des conditions de sortie plus avantageuses pourrait alors être à même d'attirer un plus grand nombre de candidats. Toutefois, les représentants des magasins indépendants auditionnés lors de l'instruction ont à plusieurs reprises souligné que ces derniers mesurent mal les implications de leur engagement et notamment, les conditions de sortie de réseau contraignantes auxquelles ils sont souvent soumis.
212. Il apparaît donc nécessaire de rendre les conditions d'affiliation plus transparentes afin de permettre aux candidats à l'affiliation d'opérer leurs choix de manière libre et éclairée. A cet égard, il est recommandé aux opérateurs de formaliser l'ensemble des termes de la relation avec l'affilié au sein d'un accord cadre unique (a), de communiquer cet accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers (b) et de renforcer l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation (c). En effet, une fois le groupe de distribution choisi, le candidat à l'affiliation entre en pourparlers avec la tête de réseau, ce qui, sur un plan tant financier qu'humain, réduit la possibilité pour le candidat de revenir ultérieurement sur ses choix quand bien même aucun contrat n'aurait encore été signé.

a) La formalisation de la relation entre le magasin affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique

213. La multiplication des documents contractuels pour la formalisation d'une seule et même relation contractuelle est source d'opacité et d'insécurité juridique, le risque de clauses contradictoires issues de documents différents étant accru. En conséquence, à l'instar de l'accord commercial unique visant à régir les relations entre le fournisseur et le distributeur prévu à l'article L.441-7 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence recommande aux opérateurs de formaliser les termes de la relation entre l'affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique complété, le cas échéant, d'un ou plusieurs contrats d'application. L'établissement d'un tel document cadre aurait l'avantage de rendre les termes de la relation plus transparents et le cas échéant, de faciliter le travail des autorités de contrôle. En outre, cet accord cadre unique, au sein duquel devraient notamment figurer les dispositions communes aux différents « volets » de la relation telles la clause de durée, les conditions de résiliation, les conditions de résolution des litiges ou encore les clauses attributives de juridiction, limiterait la présence de clauses contradictoires et l'insécurité juridique afférente.

b) La transmission du projet d'accord cadre unique et des contrats d'application doit pouvoir se produire suffisamment en amont des pourparlers

214. Plusieurs représentants des magasins indépendants ont souligné la longueur du processus d'affiliation à une enseigne. En effet, entre le moment où les premiers contacts se nouent et celui où les parties signent les documents contractuels, s'écoule un certain laps de temps durant lequel les parties évaluent leur motivation et la pertinence de leur projet commun. Notamment, c'est durant cette période que le candidat à l'affiliation cherche des financements et des parrainages. Il arrive également que le candidat à l'affiliation suive pendant cette période des formations dispensées par le groupe de distribution et/ou soit salarié dudit groupe. Lorsqu'arrivent la dernière phase de négociation et celle de la signature du contrat, le candidat à l'affiliation a donc déjà considérablement investi en temps et humainement dans ce projet d'affiliation et est donc peu disposé à contester ou tenter de négocier les conditions d'affiliation qui lui sont alors transmises. En outre, à ce stade, la comparaison des conditions d'affiliation avec celles des groupes concurrents est trop tardive car le candidat ne peut que difficilement renoncer à son projet d'affiliation, sauf à renoncer aux investissements d'ores et déjà fournis et à entamer un nouveau processus d'affiliation, long et fastidieux, auprès d'un autre groupe de distribution. Dans ces conditions, il apparaît donc nécessaire que le candidat à l'affiliation ait communication, le plus en amont possible, du projet d'accord cadre unique et de ses éventuels contrats d'application.

c) Le renforcement de l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation

215. La loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin » a introduit une obligation précontractuelle d'information de l'affilié à la charge de la tête de réseau. À cet égard, l'article L. 330-3 du code de commerce dispose que : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des*

informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ». Ce document doit notamment mentionner la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités (art. L. 330-3 al.3 et R. 330-1, 6° du code de commerce).

216. L'Autorité de la concurrence recommande à cet égard aux opérateurs que les informations données concernant la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession ne concernent pas uniquement le contrat de franchise (ou équivalent) au sens strict mais l'intégralité de la relation contractuelle qui, comme on l'a vu, peut être formalisée par divers documents (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, contrat de location-gérance, statuts de la société d'exploitation, pacte d'associés etc.). De plus, il est recommandé aux opérateurs de faire figurer parmi les informations données à ce stade, la présence de clauses restreignant la liberté de l'affilié lors de la rupture ou de l'échéance de la relation contractuelle en ce compris, les éventuels droits de priorité au profit de la tête de réseau, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles, etc.

2. LA DURÉE DES ENGAGEMENTS DOIT ÊTRE LIMITÉE ET LES CONDITIONS DE SORTIE DU RÉSEAU FACILITÉES

217. Une transparence accrue des conditions d'affiliation proposées par les différents groupes de distribution devrait renforcer la mise en concurrence des réseaux de distribution par les magasins indépendants candidats à l'affiliation. Toutefois, compte tenu de l'importance du parc existant et des difficultés à ouvrir de nouveaux magasins, ces mesures pourraient n'avoir qu'un impact mesuré puisqu'elles ne peuvent produire d'effets que sur les nouveaux magasins indépendants. Il convient donc également de faciliter la mobilité des magasins indépendants d'ores et déjà affiliés à un groupe de distribution en réduisant la durée des engagements souscrits (a) d'une part et en allégeant les conditions de sortie du réseau auxquelles ils sont soumis. Cet allègement doit s'appuyer sur une harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle (b), une interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau (c), un encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles (d), un étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé (e), et un encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés (f).

a) La réduction de la durée des engagements souscrits

218. L'instruction a permis de mettre en lumière les durées relativement longues de certains contrats conclus entre les affiliés et leurs têtes de réseau, ces dernières pouvant aller de 3 à 30 ans et étant le plus souvent renouvelables de façon tacite pour des durées équivalentes.
219. Il apparaît également que les durées de contrats relevées sont bien supérieures à celles nécessaires à l'amortissement des investissements spécifiques entrepris par les parties, qui sont en outre peu risqués et pour lesquels le danger de parasitisme est limité.
220. Sur un secteur caractérisé par des obstacles significatifs à la création de nouveaux magasins, un degré de concentration élevé des marchés de détail, des relations de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés et où le ralliement de magasins indépendants à une enseigne représente pour cette dernière un important facteur de développement, des durées d'engagement trop longues entraînent des

effets restrictifs de concurrence, tant sur le marché amont de l'approvisionnement des magasins que sur le marché aval de la revente de ces biens aux consommateurs. Un raccourcissement de la durée des contrats faciliterait la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes, abaisserait les barrières à l'entrée et renforcerait la concurrence entre les groupes de distribution.

221. Toutefois, une durée suffisamment longue des engagements souscrits peut également produire une certaine efficience. Elle peut ainsi permettre à l'affilié de sécuriser les investissements effectués dans des actifs spécifiques à son groupe de distribution même si ceux-ci sont, comme on l'a vu, relativement limités. En outre, elle peut constituer une garantie à l'égard des organismes bancaires qui consentent des prêts aux affiliés nécessaires au montage des magasins. La durée des engagements souscrits par le groupe de distribution ne doit donc pas être trop courte, au risque de priver le candidat à l'affiliation d'un élément de sécurisation de son projet. Comme il a été mentionné *supra* (paragraphe 73), il existe une relation de quasi exclusivité d'approvisionnement de fait entre les magasins indépendants et les groupes de distribution auxquels ils sont affiliés. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n°330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.
222. En conséquence, l'Autorité demande aux opérateurs de limiter la durée des engagements contractuels souscrits avec leurs magasins affiliés à une durée de cinq ans maximum et de modifier en ce sens les contrats en cours d'exécution. En outre, il convient d'éviter que les parties aient la possibilité de renouveler de façon tacite leur contrat à l'échéance de ce dernier, afin d'inciter les parties à entrer en pourparlers sur les termes d'un éventuel nouveau contrat.
223. Toutefois, à elle seule, une réduction de la durée des engagements ne suffirait pas à répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par les dispositions contractuelles liant magasins indépendants et groupes de distribution. D'une part, la durée des engagements est fréquemment prolongée par divers dispositifs contractuels qui survivent au terme du contrat principal. D'autre part, une réduction de la durée des engagements risque de léser les magasins indépendants si ceux souhaitant changer de réseau ne sont pas en mesure de pouvoir contracter rapidement avec un autre groupe de distribution à l'échéance de leur contrat d'affiliation.

b) L'harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle

224. L'instruction a permis de relever que dans certains cas, les différents contrats liant le magasin affilié à sa tête de réseau peuvent ne pas avoir les mêmes durées, ni les mêmes échéances et conditions de résiliation. Outre le fait d'être générateurs d'une certaine insécurité juridique, ces décalages et divergences entre les différents contrats ont pour effet de prolonger artificiellement la durée des engagements souscrits. L'Autorité de la concurrence demande donc aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs de la relation commerciale, courants et à venir. La conclusion d'un accord cadre unique, tel que préconisé par l'Autorité (cf. *supra*

paragraphe 213), devrait également permettre aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation des engagements contractés par les parties dans le futur.

c) L'interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau

225. La plupart des contrats analysés au cours de l'instruction prévoient un droit de priorité (droit de préférence ou droit de préemption) au profit du groupe de distribution, le plus souvent valable pendant la durée prévue du contrat ainsi que plusieurs années après son arrivée à échéance. Le souhait des groupes de distribution de sécuriser leurs investissements et d'assurer la pérennité de leur réseau n'est pas de nature à justifier la présence de telles clauses dans les contrats.
226. Ce type de clause organise en outre une asymétrie dans la négociation de la vente du magasin, le groupe de distribution bénéficiaire ayant la garantie de pouvoir conserver le magasin face à d'éventuelles offres concurrentes. Cette asymétrie est susceptible de dissuader les groupes de distribution concurrents de démarcher les magasins indépendants des autres enseignes et de figer ainsi les marchés de détail et le jeu concurrentiel.
227. Par conséquent, l'Autorité de la concurrence demande aux opérateurs de ne plus insérer dans les contrats de droits de priorité ou dispositifs assimilés au profit de la tête de réseau et de priver de toute exécution ceux afférents aux contrats en cours d'exécution, à tout le moins, dans l'hypothèse où le groupe de distribution n'est pas propriétaire des murs du magasin et ne possède aucune participation financière dans la société d'exploitation. En effet, dans cette perspective, la remise en concurrence de l'enseigne avec d'autres enseignes concurrentes est facilitée par la réelle liberté d'action dont dispose la société d'exploitation pour conclure un nouveau partenariat avec un autre groupe de distribution plus performant. Il est évident que dans l'hypothèse où le groupe de distribution est réellement partenaire du développement du magasin indépendant (prise de participation correspondant à une véritable aide financière du groupe de distribution, possession des murs ou du fonds de commerce), l'existence d'un droit de priorité ou d'un dispositif assimilé paraît justifiée.

d) L'encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

228. Selon les éléments recueillis durant l'instruction de cet avis, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats conclus entre les groupes de distribution et leurs affiliés peuvent, dans certains cas, être nécessaires à la protection du savoir-faire, à la préservation de l'identité commune et de la réputation du réseau mais ne sont pas toujours proportionnées à cet objectif (cf. supra paragraphes 142 et suivants). Au regard des dispositions du Règlement n° 330/2010, il pourrait être envisagé de limiter les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles présentes dans les contrats d'affiliation, à venir ou en cours d'exécution, à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat en cause.

e) L'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé

229. Le droit d'entrée différé permet à l'affilié de ne verser le montant des droits d'entrée qu'à l'échéance du contrat. Si elle permet à l'opérateur indépendant d'alléger ainsi la contrainte financière qui pèserait sur ses comptes durant les premières années de son activité, cette

disposition comporte le risque de limiter sa liberté commerciale en le dissuadant de quitter le réseau. Conformément aux préconisations émises sur le site www.pme.gouv.fr, il est donc recommandé que de tels droits différés soient supprimés, y compris dans les contrats en cours d'exécution, et que soit substituée la possibilité d'étaler sur une durée suffisamment courte le paiement du droit d'entrée.

f) L'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés

230. La plupart des groupes de distribution, tant coopératifs qu'intégrés, prennent de plus en plus fréquemment des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.
231. Ces prises de participations leur confèrent un pouvoir de contrôle sur la gestion des sociétés d'exploitation de leurs affiliés. En particulier, ils disposent le plus souvent d'un droit de veto leur permettant notamment de s'opposer à tout changement d'enseigne du magasin. En outre, les statuts de ces sociétés d'exploitation ou les pactes d'associés afférents contiennent fréquemment des droits de priorité au profit du groupe de distribution et des clauses de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié. En conséquence, ces prises de participations créent un véritable frein à la mobilité des magasins indépendants entre les différentes enseignes.
232. Ces prises de participations constituent le plus souvent des opérations de concentration mais, dès lors qu'elles ne franchissent pas les seuils de notification applicables au commerce de détail (L. 430-2-II du code de commerce) ou qu'elles ont été effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie et l'abaissement des seuils de notification appliqués au commerce de détail, elles n'ont pas vocation à être contrôlées par le droit de la concurrence. Pour autant, ces pratiques produisent un effet de verrouillage des magasins et nécessitent donc d'être encadrées. Cet encadrement des prises de participations pourrait notamment consister à interdire les clauses d'enseigne dans les statuts et pactes d'associés des sociétés d'exploitation. En effet, ces clauses qui confèrent un droit de veto au groupe de distribution sur toute décision relative au changement d'enseigne du magasin en cause, empêchent le cas échéant l'affilié de changer de réseau à l'arrivée à terme du contrat.

3. LES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE CES RECOMMANDATIONS

233. La mise en œuvre de ces recommandations nécessite une intervention du législateur. C'est en effet par son intermédiaire que pourront être apportées des réponses claires et rapides aux restrictions de concurrence mises en relief lors de l'instruction de cet avis.

CONCLUSION

234. Au terme de son analyse, l'Autorité de la concurrence juge le niveau de concentration de certaines zones de chalandises excessivement élevé, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité. Pour ce dernier format, le cas de Paris, où seuls deux groupes de distribution, présents sous de nombreuses enseignes différentes, sont réellement en concurrence, nécessite d'être souligné. Cette concentration des zones de chalandise est d'autant plus préoccupante que le secteur de la grande distribution

alimentaire présente d'importantes barrières à l'entrée, résultant, notamment, des réglementations encadrant l'installation de nouveaux magasins et de la relative rareté du foncier commercial.

235. Dans ce contexte, tout comportement susceptible d'accroître les obstacles à l'entrée renforce la concentration des zones de chalandises, atténue l'intensité de la concurrence entre magasins et dégrade la situation des consommateurs. Il en va ainsi des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de vente de foncier commercial. De même, les dispositifs contractuels ou capitalistiques visant à limiter la mobilité des magasins entre les groupes de distribution empêchent également l'arrivée de nouvelles enseignes sur certaines zones de chalandises ou de nouveaux groupes de distribution sur certains formats. Au final, c'est bien le consommateur qui est lésé par ces comportements, qui renforcent les barrières à l'entrée et atténuent ainsi la concurrence sur les zones de chalandise, et ce d'autant plus que les justifications apportées par les opérateurs apparaissent insuffisantes à justifier l'ampleur des restrictions ainsi mises en place. L'érection de telles barrières à l'entrée paraît d'autant plus dommageable que dans le secteur français de la grande distribution alimentaire, le parc de magasins indépendants est très important et pourrait donc représenter une voie d'entrée viable pour un nouveau concurrent. Plusieurs acteurs du secteur ont d'ailleurs indiqué que l'affiliation à leur réseau de magasins concurrents constituerait un vecteur de leur développement vers des zones géographiques ou des formats de distribution où ils sont encore peu présents, dès lors, toutefois, que seraient levés les dispositifs contractuels et capitalistiques qui entravent actuellement la mobilité des magasins indépendants entre les réseaux.
236. S'étant saisie d'office pour avis, l'Autorité ne peut, dans ce cadre consultatif, qualifier les pratiques constatées au regard du droit de la concurrence. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permettrait de porter une telle appréciation. Les recommandations suivantes, récapitulées de façon synthétique dans le tableau ci-dessous, sont cependant de nature à faciliter l'implantation de nouveaux magasins et la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes. La mise en œuvre de ces recommandations est dans les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par le présent avis, sur l'application duquel l'Autorité de la concurrence exercera sa vigilance. A défaut, une intervention du législateur serait sans aucun doute nécessaire pour supprimer ces freins à la concurrence.

Les pratiques constatées	Les recommandations de l'Autorité
Concernant le foncier commercial	
Présence de clauses de non-concurrence et droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial	La suppression des clauses de non-concurrence et droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial

Concernant les relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés	
Le manque de transparence des conditions d'affiliation en raison notamment de la multiplicité des documents contractuels et de leur décalage dans le temps	<ul style="list-style-type: none"> -La conclusion d'un accord cadre unique complété, le cas échéant, de contrats d'application -La communication du projet d'accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers -Le renforcement de l'information précontractuelle fournie au candidat à l'affiliation
Des durées d'engagement trop longues	<ul style="list-style-type: none"> -La limitation de la durée des contrats d'affiliation à 5 ans maximum -L'harmonisation de la durée et des modalités de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs d'une même relation
La présence de droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d'associés	L'interdiction des droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation
La présence de clauses de non-réaffiliation et non-concurrence post-contractuelles dans les contrats d'affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d'associés	La limitation des clauses de non-réaffiliation et non-concurrence post-contractuelles dans les contrats d'affiliation, les statuts des sociétés communes et/ou dans les pactes d'associés à une durée de un an et au magasin objet du contrat
La présence de droits d'entrée au paiement différé dans les contrats d'affiliation	L'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé
La multiplication des prises de participations des groupes de distribution dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés leur conférant une minorité de blocage	L'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés

Délibéré sur le rapport oral de Mlle Juliette Herzele et M. Etienne Pfister, et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par Mme Anne Perrot, vice-présidente, présidente de séance, Mme Laurence Idot et M. Yves Brissy, membres.

La secrétaire de séance,
Véronique Letrado

La présidente de séance,
Anne Perrot

ANNEXES

Annexe n°1 : Tableau relatif aux 208 zones de vie tirées du catalogue LSA Focus Alimentaire

Etude des zones de vie décrites dans le catalogue Focus alimentaire LSA		"Approche groupe"			"Approche magasin"		
		N	%	Demande	N	%	Demande
Nombre de zones identifiées dans le catalogue Focus alimentaire - LSA		629	100	NS	629	100%	NS
Nombre de zones étudiées		208	33,07%	2 658 052	208	33,07%	2 658 052
Position dominante	Nombre de zones où i) un opérateur détient une part de marché supérieure à 60%, ii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 50% et tous les opérateurs ont moins de 15%, iii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 40% et tous les opérateurs concurrents ont une part de marché inférieure à 10%	55	8,74%	1 904 119	48	7,63%	2 248 346
Duopole	Les 2 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	24	3,82%	1 479 294	24	3,82%	1 363 225
"Triopole"	Les 3 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	79	12,56%	2 800 851	60	9,54%	2 415 942
Oligopole	Les 4 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	42	6,68%	4 075 697	40	6,36%	2 627 002
Bilan	Nombre de zones où un opérateur est en position dominante ou présentant une structure de marché proche d'un duopole, d'un "triopole" ou d'un oligopole à quatre firmes	200	31,80%	2 528 289	172	27,34%	2 251 211
Concentration	IHH médian	3797.48			3665.178		
	IHH>2200	205	32,59%	2 600 896	192	30,52%	2 528 289

Zones de chalandises: définies selon la méthode retenue par le cabinet Asterop et centrées sur le bassin de vie.

"Approche groupe": les parts de marché sont calculées au niveau du groupe de distribution.

"Approche magasin": les parts de marché sont calculées au niveau du groupe de distribution pour les magasins intégrés et au niveau du magasin pour ceux membres d'un groupement coopératif.

Demande: nombre d'habitants sur la zone multiplié par leur revenu moyen (en milliers d'euros, source Asterop)

**Annexe n°2 : Tableau descriptif des zones de chalandises des hypermarchés
(source : données fournies par les quatre groupes de distribution répondants)**

Etude des zones de chalandise centrées autour des hypermarchés - seules les zones où un groupe détient une part de marché supérieure à 30% sont étudiées		Cumul des calculs effectués pour quatre groupes de distribution			
		"Approche groupe"		"Approche magasin"	
		N	%	N	%
Nombre total d'hypermarchés pour les quatre groupes de distribution répondant		740	100%	740	100%
Nombre d'hypermarchés détenant une part de marché en surface commerciale supérieure à 30% pour les quatre groupes de distribution répondant		329	44%	282	38%
Position dominante	Nombre de zones où i) un opérateur détient une part de marché supérieure à 60%, ii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 50% et tous les opérateurs ont moins de 15%, iii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 40% et tous les opérateurs concurrents ont une part de marché inférieure à 10%	40	5%	33	4%
Duopole	Les 2 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	34	5%	27	4%
"Triopole"	Les 3 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	74	10%	35	5%
Oligopole	Les 4 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	100	14%	38	5%
Bilan	Nombre de zones où un opérateur est en position dominante ou présentant une structure de marché proche d'un duopole, d'un "triopole" ou d'un oligopole à quatre firmes	248	34%	133	18%
Concentration	IHH médian sur les zones étudiées	3495		2767	
	IHH>2200	318	43%	227	31%

Zones de chalandises: définies autour des hypermarchés détenteurs d'une part de marché de plus de 30%.

"Approche groupe": les parts de marché sont calculées au niveau du groupe de distribution.

"Approche magasin": les parts de marché sont calculées au niveau du groupe de distribution pour les magasins intégrés et au niveau du magasin pour ceux membres d'un groupement coopératif.

**Annexe n°3 : Tableau descriptif des zones de chalandises des supermarchés
(source : données fournies par les deux groupes de distribution répondants)**

Etude des zones de chalandise centrées autour des supermarchés - parts de marché calculées au niveau du groupe de distribution - seules les zones où un groupe détient une part de marché supérieure à 30% sont étudiées		Cumul des calculs effectués pour deux groupes de distribution	
		Approche "groupe"	
		N	%
Nombre de supermarchés détenus ou affiliés aux deux groupes de distribution		2864	100,00%
Nombre de supermarchés détenant une part de marché en surface commerciale supérieure à 30%		652	22,77%
Position dominante	Nombre de zones où i) un opérateur détient une part de marché supérieure à 60%, ii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 50% et tous les opérateurs ont moins de 15%, iii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 40% et tous les opérateurs concurrents ont une part de marché inférieure à 10%	105	3,67%
Duopole	Les 2 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	51	1,78%
"Triopole"	Les 3 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	106	3,70%
Oligopole	Les 4 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	130	4,54%
Bilan	Nombre de zones où un opérateur est en position dominante ou présentant une structure de marché proche d'un duopole, d'un "triopole" ou d'un oligopole à quatre firmes	392	13,69%
Concentration	IHH médian sur les zones étudiées	3060,759	
	IHH>2200	562	19,62%

Zones de chalandises: définies autour des hypermarchés détenteurs d'une part de marché de plus de 30%.

"Approche groupe": les parts de marché sont calculées au niveau du groupe de distribution. Une approche magasin n'était pas envisageable dans la mesure où les magasins franchisés des groupes intégrés n'ont pu être identifiés.

**Annexe n°4 : Tableau descriptif du marché du commerce alimentaire de proximité
dans les 167 communes échantillonnées
et dans les 37 communes de plus de 100 000 habitants étudiées**

Structure du marché du commerce de proximité à dominante alimentaire pour 167 villes - parts de marché calculées au niveau du groupe de distribution		Ensemble de l'échantillon (167 communes)			Communes de plus de 100 000 habitants (N=37)		
		"Approche groupe"			"Approche groupe"		
		N	%	Demande	N	%	Demande
Nombre de villes étudiées							
Position dominante	Nombre de zones où i) un opérateur détient une part de marché supérieure à 60%, ii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 50% et tous les opérateurs ont moins de 15%, iii) un opérateur détient une part de marché supérieure à 40% et tous les opérateurs concurrents ont une part de marché inférieure à 10%	23	13,77%	1 101 704	3	8,11%	4 320 521
Duopole	Les 2 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	4	2,40%	715 613	0	0,00%	
"Triopole"	Les 3 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	35	20,96%	765 583	1	2,70%	2 581 988
Oligopole	Les 4 groupes les plus importants détiennent une part de marché cumulée supérieure à 90% et aucun de ces opérateurs n'est a priori susceptible de détenir une position dominante	57	34,13%	943 337	11	29,73%	2 983 421
Bilan	Nombre de zones où un opérateur est en position dominante ou présentant une structure de marché proche d'un duopole, d'un "triopole" ou d'un oligopole à quatre firmes	119	71,26%	915 364	15	40,54%	2 983 421
Concentration	IHH médian	2900,305			2441,463		
	IHH>2200	145	86,83%	954 421	25	67,57%	2 999 594

Zones de chalandises: définies comme les communes intra-muros.

"Approche groupe": les parts de marché sont calculées au niveau du groupe de distribution. Une approche magasin n'était pas envisageable dans la mesure où les magasins franchisés des groupes intégrés n'ont pu être identifiés.

Demande: nombre d'habitants sur la zone multiplié par leur revenu moyen (en milliers d'euros, source : un groupe de distribution répondant)