



**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**

L'Autorité de la concurrence (Commission permanente),

Vu le traité instituant la Communauté Européenne et notamment ses articles 81 et 82, devenus 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié et notamment son article L.462-4 ;

Adopte la décision suivante :

I. Le contexte

1. La loi de modernisation de l'économie a porté de 300 à 1000m² la superficie des surfaces commerciales au dessus de laquelle une autorisation administrative doit être demandée en préalable à toute installation d'un nouveau magasin dans le secteur de la distribution de détail. Ce faisant, et même si le maintien d'une procédure d'autorisation administrative pour les magasins de plus de 1000m² complémentaire à l'obtention du permis de construire ne présente, du point de vue de la concurrence, que peu de légitimité, le législateur a donc pris la mesure de l'importance de la liberté d'entrée pour l'efficacité du jeu concurrentiel. Pour autant, d'autres obstacles à l'entrée peuvent découler du comportement des opérateurs plus que de contraintes administratives.
2. Un premier aspect de ces barrières à l'entrée ou au développement d'une enseigne concerne les clauses contractuelles liant les distributeurs membres d'un réseau de franchise ou d'un groupement à la « tête de réseau ». La durée des contrats d'affiliation, leurs coûts de rupture et des clauses garantissant à la tête de réseau un droit de priorité sur la reprise de l'emplacement commercial peuvent être de nature à atténuer la mobilité des magasins et des gérants entre réseaux d'enseignes et, dans certaines conditions, faire obstacle à l'arrivée de nouveaux opérateurs sur une zone de chalandise. En soulignant l'importance d'un abaissement des barrières à l'entrée sur le secteur de la grande distribution, le rapport de la mission Hagelsteen sur la négociabilité des conditions de vente relevait ainsi que « *les contrats liant les sociétés coopératives de commerçants avec les membres du réseau ... comportent souvent des clauses rendant difficile la revente des magasins aux sociétés des autres distributeurs. De telles stipulations contractuelles peuvent constituer un frein à l'arrivée de nouveaux concurrents* » (p. 38).
3. Un second aspect des obstacles à l'entrée susceptibles d'être mis en place par les distributeurs a trait à la gestion du foncier commercial. Cette question avait déjà été évoquée dans l'avis du Conseil de la concurrence relatif à la législation sur l'équipement commercial¹, ainsi que dans celui émis par l'Autorité de la concurrence à propos des mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer². Ceux-ci constataient, sous réserve d'une instruction plus approfondie, que certains groupes de distribution alimentaire seraient détenteurs de foncier commercial non-utilisé, avec pour effet potentiel de diminuer les possibilités d'entrée de nouveaux magasins. A l'étranger, la gestion du foncier commercial a également constitué l'un des principaux axes de réflexion de l'étude sur la grande distribution alimentaire de la *Competition Commission* britannique. Dans ses remèdes,

¹ Avis 07-A-12, §46.

² Avis 09-A-45, § 80.

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* »). Elle 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.

II. Discussion

4. Aux termes du nouvel article L.462-4 du Code de commerce : « *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* ».
5. Dans ce cadre, la présente décision a pour objet de permettre à l'Autorité de la concurrence d'examiner la question des obstacles éventuels à l'entrée dans le secteur de la grande distribution alimentaire résultant des contrats liant les magasins indépendants à leur réseau d'affiliation d'une part et des modalités de gestion, d'acquisition et de revente du foncier commercial d'autre part.
6. 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 réglementaire³ 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 fonctions 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

³ Cf. les articles L.124-1 et suivants du Code de commerce traitant des sociétés coopératives de commerçants détaillants.

transfert de savoir-faire et de réduction du risque supporté par le magasin indépendant notamment, devront également être prises en compte dans cette évaluation.

7. Sur les modalités d'acquisition et de vente du foncier commercial, l'avis s'attachera à étudier les comportements d'acquisition et de revente de foncier commercial par les distributeurs existants. Dans cette perspective, il pourra notamment être utile d'apprécier les délais d'exploitation des terrains acquis, les clauses restrictives introduites dans les contrats d'achat et de vente et leurs effets, tant positifs que négatifs, sur l'intensité de la concurrence dans les zones de chalandises, notamment les plus concentrées. Le segment des hypermarchés ou des grands supermarchés implantés dans des agglomérations de petite taille devra faire l'objet d'une attention particulière, l'acquisition du foncier commercial nécessaire à ces magasins pouvant s'avérer délicate compte tenu de la surface requise.
8. Les deux volets de la saisine sont complémentaires à plus d'un titre. En premier lieu, les relations entre les magasins affiliés et les têtes de groupe peuvent entraver l'entrée de nouveaux opérateurs par le biais d'acquisitions de magasins existants (croissance externe), alors que l'acquisition de foncier commercial ou les clauses restrictives introduites dans les contrats d'achats et de vente visent à empêcher l'implantation de nouveaux magasins (croissance interne). En second lieu, les enjeux concurrentiels liés à ces questions se situent dans les deux cas au niveau de la zone de chalandise : c'est en effet au niveau local que devront être évaluées les différentes voies d'entrée possibles pour un nouvel opérateur et le pouvoir de marché qu'un distributeur cherche, le cas échéant, à protéger. Enfin, les clauses contractuelles liant un magasin et son franchiseur peuvent n'avoir que peu d'impact si le foncier commercial disponible est important. Inversement, la préemption de foncier commercial n'aura que peu d'effet si, par ailleurs, la mobilité des magasins entre les réseaux n'est pas entravée et si ceux-ci ont un poids important dans la zone de chalandise considérée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Etienne Pfister et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mme Françoise Aubert, et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Véronique Letrado

Le président,

Bruno Lasserre