Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Patrick Hubert

Rapporteur général du Conseil de la concurrence de 1999 à 2002
Avocat et président de la Commission concurrence d'ICC France

Une étape importante dans l'histoire du contrôle des concentrations : l'avis Carrefour/Promodès du 3 mai 2000

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

L'époque est lointaine : pas de notification obligatoire des concentrations mais autosaisine possible du ministre de l'Économie, compétence du Conseil de la concurrence pour donner au ministre un avis non-liant et seulement s'il était demandé, pas de service des concentrations organisé au sein du Conseil et une expérience limitée, ce dernier ne rendant de tels avis que trois ou quatre fois l'an. Mais l'avis rendu le 3 mai 2000 sur une concentration majeure entre deux géants de la distribution alimentaire (Carrefour et Promodès) a marqué son temps et ouvert la voie à une histoire qui s'écrit encore. Ce qui suit repose sur les souvenirs de l'auteur (Rapporteur général du Conseil à ce moment-là) et sur l'exploitation de l'avis et de son contexte.

L'arrivée d'une telle demande d'avis avait provoqué une certaine panique car l'opération était considérable : 99 zones de chalandise étaient soumises à l'examen du Conseil, dont 68 allaient finalement nécessiter une analyse approfondie. Elle était d'ailleurs de dimension européenne, la France ne l'examinant que sur la base d'un renvoi de la Commission européenne. Les délais étaient imposés (six mois, les demandes d'avis s'apparentant à ce qu'on appelle aujourd'hui une phase II). Faute de service spécialisé, il fallait interrompre l'instruction de dossiers ordinaires pour libérer des rapporteurs dont l'expérience en matière de concentration était nécessairement limitée.

"L'avis rendu le 3 mai 2000 sur une concentration majeure entre deux géants de la distribution alimentaire (Carrefour et Promodès) a marqué son temps et ouvert la voie à une histoire qui s'écrit encore."

Le contrôle des concentrations existait depuis déjà 23 ans en France puisque, dès 1977, le ministre de l'Économie fut doté du pouvoir d'interdire une concentration ou d'imposer des conditions, sans notification obligatoire ni nécessité pour les parties d'attendre une éventuelle décision ; le contrôle européen (communautaire comme on disait à l'époque) ne serait institué que douze ans plus tard, en 1989. En 1986, par l'ordonnance dont ce recueil célèbre le quarantième anniversaire, donc toujours avant la mise en place de ce contrôle européen, la nouvelle autorité indépendante française (le Conseil de la concurrence) se voyait chargée de formuler des avis sur demande du ministre dans les cas les plus lourds.

À partir de 1990, le contrôle français a cohabité avec le nouveau contrôle européen, le partage des rôles étant fondé sur des seuils de chiffres d'affaires, assoupli par des procédures mutuelles de renvoi, selon le système qui est toujours en vigueur. Entre 1990 et 1999, plusieurs fois, déjà, sur le fondement de l'article 9 du règlement européen alors en vigueur, la Commission avait renvoyé l'examen d'une concentration à la France. Dans l'affaire *Carrefour/Promodès*, le renvoi était partiel : la Commission avait conservé la main sur les marchés amont d'approvisionnement et ce n'étaient donc que les questions aval, soit l'éventuelle concentration excessive des zones de chalandise autour des magasins, qui devaient être examinées par la France, et ainsi par le Conseil.

Toutefois, le renvoi ne produisait pas que des effets procéduraux ; il avait un impact sur le fond car, à cette période, la Commission ne pouvait examiner les concentrations qu'au regard d'un seul risque : celui de la création ou de l'aggravation d'une position dominante. Les effets coordonnés (la possibilité de hausses de prix sans collusion, ou entente tacite, résultant de la diminution du nombre des acteurs dans un marché transparent) lui échappaient. En revanche, la rédaction plus souple de l'ordonnance de 1986 permettait au Conseil d'examiner les effets de la concentration sur les zones de chalandise même dans les cas où aucune position dominante n'était créée ni aggravée.

C'est ce qu'il a fait, en examinant, par exemple, les zones de chalandise où ne subsisteraient que deux enseignes nationales de même format : il y voyait un risque d'entente tacite, même sans dominance. Cette approche a eu une postérité contrastée : en général, la pratique ultérieure relative aux concentrations dans la distribution n'a guère retenu que les risques unilatéraux, mais elle est restée sensible à la question du nombre d'enseignes par zone, même en l'absence de position dominante.

L'important, évidemment, était l'idée que l'effet d'une concentration dans la distribution devait s'apprécier par zone de chalandise. Cette approche était déjà devenue canonique, après la décision séminale de

la Commission rendue le 13 juillet 1992 dans l'affaire *Promodès/BRMC* (M.241) qui avait fixé la méthode : la zone de chalandise d'un magasin correspond à l'aire centrée sur le magasin à l'intérieur de laquelle le temps de transport est inférieur à une certaine limite (10 à 20 minutes en voiture). Dans des décisions ultérieures, la Commission a pu faire varier cette limite ou même considérer que la superposition des zones créait un marché local recouvrant de façon continue une région ou un pays (voir Rewe/Meinl, M.1221).

Dans son avis *Carrefour/Promodès*, le Conseil a retenu deux types de zones de chalandise : autour des hypermarchés (30 minutes en voiture) et autour des supermarchés (15 minutes en voiture, mais avec une potentielle variation selon la taille du magasin) sachant que, dans ce dernier cas, les hypermarchés et les discounteurs sont aussi comptés comme concurrents dans la zone. Cette approche est demeurée au centre de l'analyse des concentrations jusqu'à ce jour, même si elle a pu devenir plus sophistiquée (par exemple par la prise en compte du commerce en ligne ou la méthode des 80 % de clients résidant dans la zone, utilisée dans d'autres formes de distribution).

L'un des « chocs » subis par le Conseil lors de cette procédure fut la production par la partie notifiante d'une analyse économétrique tendant à démontrer que, dans les zones fortement urbanisées, il n'existerait qu'un seul marché local géant du fait de la superposition partielle et continue des zones de chalandise. Le Conseil ne disposait en effet pas de « chief economist » et se trouvait donc dans une situation de dissymétrie intellectuelle vis-à-vis de la partie notifiante ; il s'est toutefois appliqué à étudier le sujet en portant sur l'étude un jugement théorique (il ne s'agissait que d'une régression statique alors que le contrôle des concentrations appelait une approche dynamique) mais également en lui opposant des données empiriques, tirées notamment des dossiers déposés devant les commissions départementales d'urbanisme commercial. Cette affaire, parmi d'autres, a persuadé le Conseil de la nécessité de recruter des économistes, puis finalement de se doter d'un véritable service économique capable d'échanger d'égal à égal avec les économistes assistant les parties.

Une fois les zones de chalandise définies, il fallait déterminer les concurrents qui s'y trouvaient et porter un jugement sur la structure du marché telle que modifiée par la concentration.

L'une des questions qui se posait était celle des franchisés ou affiliés, particulièrement importante en France compte tenu de la structure de certains réseaux. Elle était loin d'être évidente puisque la notion d'entreprise est au cœur du droit de la concurrence : un franchisé, contrôlé souvent par un particulier, n'est pas contrôlé par la holding des grands groupes de distribution et, en général, ne doit donc pas être considéré comme faisant partie de la même entreprise. Pour autant, les franchisés et affiliés des grands réseaux ont généralement une politique commerciale identique à celle appliquée dans les magasins détenus en propre. Le Conseil avait déjà rencontré ce problème deux ans avant lorsque le ministre l'avait consulté sur le rapprochement entre les enseignes Casino et Franprix-Leader Price. Il l'avait traité d'une façon à la fois pragmatique (il fallait tenir compte de l'identité des politiques commerciales, pas du
« contrôle » au sens du droit des concentrations) et un peu théorique en considérant que les franchisés devaient, pour l'analyse concurrentielle, être rattachés au groupe du franchiseur tandis que les affiliés pouvaient être considérés comme des concurrents indépendants.

Dans l'affaire *Carrefour/Promodès*, le Conseil a décidé d'aller plus loin et de regarder précisément ce que contenaient les contrats liant les indépendants à leur tête de réseau, en termes de contraintes commerciales, ce qui l'a conduit à rattacher au groupe de tête les affiliés soumis à des contraintes contractuelles fortes. Plus encore, les engagements pris par Carrefour dans cette affaire ont pu inclure, au-delà de la cession de certains magasins détenus en propre, la résiliation de contrats avec des franchisés. C'est cette approche pragmatique qui a prospéré par la suite (voir Carrefour/Dia, ADLC n° 14-DCC-173).

D'autres éléments de l'analyse sont intéressants et porteurs d'avenir : la prise en compte des obstacles géographiques pour nuancer le caractère très mathématique de la notion de zone de chalandise ; l'allusion ponctuelle à de nouveaux projets de magasins qui n'étaient pas encore ouverts.

Le Conseil a ensuite examiné les zones de chalandise en s'appuyant de façon marquée sur les indices HHI[1],

ce qui marquait un souci de sérieux dans la quantification, tout en pouvant être réalisé sans économistes. Le Conseil a retenu que, pour des raisons de position dominante ou de risque d'entente tacite, 27 zones présentaient des risques d'atteinte à la concurrence, soit 27 % du total des zones concernées par la concentration. Formellement, aux termes de l'ordonnance, tout ce qui précède ne relevait pas de la compétence du Conseil et aurait dû être traité par le ministre car le rôle de l'autorité indépendante était plus limité : examiner si les atteintes à la concurrence pouvaient être justifiées par le progrès économique, ce que l'on appellerait aujourd'hui les « efficiences », résultant de la concentration.

Mais l'habitude s'était prise, lorsque le ministre sollicitait le Conseil, de ne pas lui indiquer quelles étaient les atteintes à la concurrence et de le laisser les déterminer lui-même. Toutefois, une fois ce travail préparatoire accompli, qu'elles aient été invoquées ou non, le Conseil devait examiner s'il y avait des efficiences de nature à compenser les atteintes à la concurrence. En l'espèce, il l'a fait mais, faute d'efficiences alléguées, il n'a pas cru devoir exposer un long raisonnement et s'est contenté de dire qu'il n'était ni établi ni allégué que les atteintes à la concurrence puissent être compensées par une contribution au progrès économique.

"Au bout du compte, l'analyse lourde à laquelle s'est livré le Conseil a montré que cette autorité indépendante était crédible en matière de contrôle des concentrations."

Là s'arrêtait, à l'époque, la compétence de l'autorité indépendante : il ne lui revenait pas de négocier d'éventuels engagements avec la partie notifiante et encore moins de les rendre obligatoires. Quelque peu épuisé par cet énorme travail, et soucieux de reprendre l'instruction des autres dossiers qui avaient tendance à s'accumuler, le Conseil a simplement rendu son avis au ministre, même s'il était évident qu'avec 27 % des zones de chalandise présentant des problèmes qu'aucune efficience ne venait compenser, pourcentage relativement élevé, le pouvoir exécutif était fortement invité à imposer des engagements.

Il est donc intéressant de se pencher sur ce qu'a fait ensuite le ministre, dont le projet de décision était préparé par un bureau spécialisé de la DGCCRF, mais qu'il pouvait modifier à son gré. Une certaine rivalité existait entre la DGCCRF et le Conseil (dont le présent article, l'auteur en est conscient, pourrait conserver quelques traits atténués). Elle se manifeste ici par le fait que, même si la décision finale ne s'éloigne pas massivement de l'avis, elle ne reprend pas toujours ses méthodes (la décision ministérielle, par exemple, ne mentionne à aucun moment les indices HHI). L'approche ministérielle tend à diminuer légèrement le nombre de zones problématiques, par exemple elle considère que la Seine est un obstacle qui, en séparant deux hypermarchés voisins, ne les rend pas concurrents, ce qui évite d'ajouter leurs parts de marché, nonobstant les ponts.

Si, globalement, l'avis et la décision aboutissent à des résultats voisins, les différences peuvent être, dans le détail, significatives : dans la zone de Quintin–Saint-Brandan où le Conseil voyait la création d'un monopole, le ministre considère… qu'il n'y a pas d'atteinte à la concurrence. Dans la zone de Lyon, où le Conseil voyait une atteinte à la concurrence résultant d'une part de marché des parties à la concentration de 59 % après l'opération, le ministre ne voit pas d'atteinte (pour autant, dit-il curieusement, que Carrefour ne se développe plus dans la zone, ce qui tend plutôt à lui demander de s'installer dans une position de rente sans plus investir). De même, la part de marché de 93 % calculée par le Conseil dans la zone de Saint-Germain-Chambourcy ne crée pas de problème de concurrence pour le ministre car les magasins des parties sont « tournés » chacun vers une rive de la Seine. On peut également relever que, dans certaines zones, le ministre aboutit au même résultat que le Conseil mais après avoir défini différemment les limites ou analysé différemment la situation concurrentielle.

Le ministre a ensuite imposé des engagements de cession de magasins intégrés et de résiliation de contrats de franchises, obligeant Carrefour à se séparer de 34 magasins au total sur 25 zones, complétés par un gel des surfaces dans ces zones pendant trois ans (ainsi que, étonnamment, sur les zones pour lesquelles il s'est écarté de l'avis du Conseil).

Au bout du compte, l'analyse lourde à laquelle s'est livré le Conseil a montré que cette autorité indépendante était crédible en matière de contrôle des concentrations. Elle a toutefois révélé que son organisation était insuffisante, notamment en raison de l'absence d'économistes et de service spécialisé, ce qui aboutissait à perturber la, déjà lente, instruction des dossiers d'entente et d'abus de dominance pour traiter dans les délais les concentrations. Comme exposé précédemment, cet avis a contribué à la maturation du contrôle des concentrations dans la distribution, avec des apports méthodologiques qui ont perduré, tout en s'enrichissant de la pratique postérieure.

Enfin, sans être dramatiques, les frottements dus à l'intervention de deux autorités (doublons de compétence, réécriture par le ministre, divergences d'analyse et de résultats) pouvaient faire douter les observateurs de la légitimité des deux analyses et appelaient visiblement une simplification, qui est finalement intervenue en 2009, lorsqu'une pleine compétence en matière de concentration a été conférée à la nouvelle Autorité de la concurrence.

1 L'indice de Herfindahl-Hirschman ou HHI est la somme des carrés des parts de marché exprimées en pourcentage. Il est par exemple de 10000 dans le cas d'un monopole. Il est utilisé en regardant son niveau après la concentration (la situation appelle l'attention lorsque l'indice dépasse environ 2000) et en examinant son augmentation due à la concentration (une augmentation de plus de 200 environ demande l'attention).