



**Bureau
d'économie
théorique
et appliquée
(BETA)**
UMR 7522

Documents de travail

« L'autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative disposer de toutes les libertés ? »

Retour sur l'avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 portant sur la
distribution alimentaire à Paris

Auteurs

Marc Deschamps

Document de Travail n°2012 - 03

Juin 2012

**Faculté des sciences
économiques et de
gestion**

Pôle européen de gestion et
d'économie (PEGE)
61 avenue de la Forêt Noire
F-67085 Strasbourg Cedex

Secrétariat du BETA

Géraldine Manderscheidt
Tél. : (33) 03 68 85 20 69
Fax : (33) 03 68 85 20 70
g.manderscheidt@unistra.fr
www.beta-umr7522.fr



**L'Autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative,
disposer de toutes libertés ?**

Retour sur l'avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 portant sur la distribution alimentaire à Paris

Marc Deschamps¹

ATER à l'Université de Lorraine, GREDEG-CNRS et BETA-CNRS

Résumé :

L'Autorité de la concurrence s'est depuis plus de deux années substituée au Conseil de la concurrence. Cette modification formelle et substantielle semble avoir engendré deux évolutions majeures. La première concerne la volonté de mieux fonder juridiquement et économiquement l'activité de l'autorité française de concurrence. La seconde porte sur le renforcement de l'idée selon laquelle l'Autorité de la concurrence est la seule institution compétente et légitime à définir et mettre en œuvre la politique française de la concurrence. L'avis récent de l'Autorité de la concurrence sur la situation concurrentielle de la distribution alimentaire à Paris est un cas exemplaire de ces deux évolutions car, d'une part, il propose une analyse économique précise et, d'autre part, il milite pour l'introduction d'injonctions structurelles en l'absence d'infraction aux règles de concurrence. Pourtant, si la première de ces évolutions constitue un réel progrès, la seconde ne paraît que très peu fondée démocratiquement, juridiquement, ou sous l'angle de l'analyse économique.

Code JEL : K21, K40, L40

Mots clés : Autorité de la concurrence, fonction consultative, injonction structurelle

Depuis le 13 janvier 2009, l'Autorité de la concurrence (dorénavant notée Adlc) a remplacé le Conseil de la concurrence. Outre ce changement d'appellation², l'Adlc dispose désormais de pouvoirs étendus et de moyens accrus, notamment l'affirmation de son statut d'autorité administrative indépendante, l'affectation de moyens d'enquête, le transfert de la compétence décisionnelle en matière de concentrations, l'instauration d'un conseiller auditeur, la possibilité accordée au Président de l'Adlc de se pourvoir en cassation, et la possibilité pour l'Adlc de prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence.

¹ Les analyses et opinions émises ici n'engagent pas les institutions auxquelles nous sommes rattaché. Nous remercions C. Savard-Chambard, P. Bernhard, J-L. Gaffard, R. Poésy, O. Sautel, P. Reis, P. Bougette, F. Marty D. Bosco, J. Pillot, J. Donze et les participants au *Quarantième anniversaire du BETA* pour leurs remarques et commentaires sur une première version mais nous restons seul responsable des erreurs, omissions et maladroites qui peuvent subsister.

² Ce changement terminologique n'est évidemment pas neutre et il faudrait sans doute revenir sur l'origine et la puissance de cette « autorité ». Pour une première analyse Cf., par exemple, M. Deschamps, L'expert ou le peuple ? Deux conceptions polaires de la *politique* de la concurrence, *Revue Internationale de Droit Economique* 2012, p. 57.

Sans avoir rejeté par principe la nécessité d'une évolution, ni même l'utilité de certains des changements accomplis, nous avons à l'époque¹ souligné que cette substitution avait pour l'essentiel été souhaitée et définie tant par la Commission pour la libération de la croissance française (dite "Commission Attali") que par le Conseil de la concurrence (dont le Président était également membre de cette Commission pour la libération de la croissance française)². Ainsi, le temps de l'analyse par toutes les parties prenantes (entreprises, syndicats, organisations professionnelles, magistrats, avocats, juristes, et économistes) tout comme celui du débat démocratique au Parlement avaient été extrêmement réduits, comme en atteste en particulier le choix de passer par voie d'ordonnance³ ou l'expression utilisée par le Président de l'Adlc « Une réforme menée tambour battant ». On peut également noter que des institutions telles que le Conseil Economique, Social et Environnemental, le Conseil d'Analyse Stratégique, ou le Conseil d'Analyse Economique n'avaient pas été saisis. En d'autres termes, cette substitution n'a pas eu une origine gouvernementale, parlementaire, ou même technique, c'est-à-dire provenant d'une série d'études d'impact négatives à l'encontre du Conseil de la concurrence⁴.

Or, depuis l'installation de l'Adlc, deux évolutions majeures, pour partie liées entre elles, nous paraissent coexister.

La première concerne la volonté réelle et affichée de mieux fonder juridiquement et économiquement les activités de l'Adlc. Ainsi, à titre d'exemples, peut-on notamment saluer la procédure ayant conduit à l'établissement des lignes directrices en matière de concentration et du communiqué de l'Adlc sur les sanctions pécuniaires, ou plus récemment la consultation publique organisée sur l'enquête sectorielle dans le domaine de l'entretien et de la réparation automobile, où les compétences et les analyses de toutes les personnes intéressées ont été requises. De même faut-il se féliciter lorsque le Président de l'Adlc affirme clairement, en

¹ Cf. M. Deschamps, Instauration de l'Autorité de la concurrence en France. Réflexions autour de la nécessité d'un débat technique et démocratique, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, p. 204.

² Ce lien est explicité par le Président de l'Adlc, Cf. B. Lasserre, La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d'une régulation moderne, juste et efficace, janvier 2009, 28 p., texte consultable sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=218.

³ On peut également noter le temps écoulé entre la remise du rapport de la Commission pour la libération de la croissance française le 23 janvier 2008, le vote de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

⁴ On doit en outre noter que la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 rendant obligatoire la présence d'une étude d'impact pour les projets de lois n'est entrée en application qu'à partir du 1er septembre 2009.

particulier pour l'analyse des opérations de concentration, que « [...] l'analyse économique et économétrique sera au cœur du travail de l'Autorité [...] L'équipe du chef économiste aura naturellement vocation, en ce domaine comme en d'autres, à participer elle aussi à cet échange de diagnostics dont la solidité et la cohérence de la décision finale sortiront évidemment gagnantes »¹. C'est la même heureuse logique qui préside actuellement à la recherche d'une meilleure appréhension des effets des pratiques analysées, en complément de leur objet, dans le cadre de la fonction contentieuse de l'Adlc.

Pourtant dans le même temps, une seconde évolution, regrettable celle-là, nous semble également se manifester : le renforcement de l'idée selon laquelle l'Adlc est la seule institution compétente et légitime pour définir (objectifs et priorités) et mettre en œuvre la politique française de la concurrence. Cette conception, que nous estimons viciée, a son origine dans la façon même dont l'Adlc fut créée et se manifeste, épisodiquement de façon explicite, comme lorsque à propos de l'art L. 430-7-1 alinéa I du code de commerce portant sur le pouvoir du ministre en charge de l'économie de demander le passage à une "phase 2", dans le cadre d'une opération de concentration, le Président de l'Adlc considère que « Naturellement, la loi n'impose pas à l'Autorité de réserver une suite favorable à cette demande, dans la mesure où une telle exigence aurait été manifestement incompatible avec l'indépendance garantie par le code de commerce »² et ce, contrairement à ce que dispose clairement la loi « le ministre chargé de l'économie peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération dans les conditions prévues aux articles L. 430-6 et L. 430-7 »³. De même existe-t-il une nette divergence entre l'analyse par le Président de l'Adlc de la faculté d'évocation ministérielle dans le domaine des concentrations⁴ et la

¹ Cf. B. Lasserre, *ibid*, pp. 14-15. Dans le même sens, le Président de l'Adlc souligne que « Le choix de valoriser l'approche économique est un choix lourd, qui a joué un rôle central au temps du Conseil et qui continuera à structurer l'Autorité », B. Lasserre, *La nouvelle Autorité de la concurrence*, *Concurrences*, n°1, 2009, p. 1.

² On peut toutefois espérer que, le cas échéant et pour faire respecter le droit, le ministre en charge de l'économie forme un recours contentieux devant le Conseil d'Etat au titre de l'article R. 311-1 du code de justice administrative.

³ Cf. B. Lasserre, *ibid*, p. 13.

⁴ Le Président de l'Adlc estime que « Tout d'abord, elle devrait être extrêmement rare. Les parlementaires ont en effet rappelé, pendant les débats relatifs au projet de LME, qu'elle était conçue comme un dispositif d'exception, ayant vocation à être mis en œuvre dans les cas –par nature peu fréquents– où un projet de concentration à des implications stratégiques pour le pays. Christine Lagarde a également confirmé que ce pouvoir d'évocation devait être limité à des hypothèses vraiment exceptionnelles », *ibid*, p. 16. Il faut toutefois noter que, d'une part, dans le Rapport n°413 du Sénat du 24 juin 2008 établi par M. Laurent Bêteille, Mme Elisabeth Lamure et M. Philippe Marini au nom de la commission spéciale de modernisation de l'économie, rapport cité par le Président de l'Adlc dans son article, il est écrit : « *Votre rapporteur* s'est interrogée sur l'ampleur du pouvoir conféré au ministre et sur cette capacité qui lui est donnée de « reprendre la main » pour des motifs autres que ceux tenant au respect du droit de la concurrence, qui relèvent du contrôle exclusif de l'Autorité. Cette faculté apparaît, *aux yeux de votre rapporteur*, pleinement légitime dans la mesure où une opération de concentration, de par ses

rédaction de l'alinéa II de l'article L. 430-7-1 du code de commerce, laquelle ne fait aucune mention du caractère « exceptionnel » ou « rarissime » de l'usage de cette faculté par le ministre en charge de l'économie.

En outre, bien que d'apparence distinctes, un lien nous semble servir de trait d'union à ces deux évolutions : c'est parce que les activités de l'Adlc seraient scientifiquement fondées qu'elles auraient une autorité indiscutable qui devrait s'imposer à chacun et en particulier à la sphère politique. L'Adlc revendiquerait ainsi, au nom de la Science¹, sa légitimité à être la seule à définir et mettre en œuvre la politique française de la concurrence².

Pour tenter de justifier nos hypothèses quant ces deux évolutions et au lien qui les unit, l'avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, sur saisine de la ville de Paris, nous semble exemplaire. En effet, il faut noter deux caractéristiques de cet avis. La première, positive, nous paraît être que l'analyse concurrentielle (I) est particulièrement bien motivée sous l'angle de l'analyse économique et démontre l'absence d'infraction aux règles de concurrence du groupe Casino. La seconde, négative, étant que cet avis (II) est à notre sens un témoignage (le premier ? le dernier ?) de ce que l'Adlc peut dépasser ce que constituent légalement et démocratiquement ses attributions, sans que l'analyse économique ne puisse *scientifiquement* le justifier.

conséquences sur l'emploi ou l'équilibre économique d'un bassin d'emplois, ne doit pas être analysée qu'au strict prisme des préoccupations de concurrence. *Il lui paraît* donc indispensable que le pouvoir politique puisse disposer d'une compétence lui permettant d'intervenir s'il le juge nécessaire, notamment pour des raisons tenant à la politique industrielle qu'il entend mettre en œuvre. *Un tel droit d'évocation devrait toutefois, en pratique, être utilisé dans des cas rarissimes* » (souligné par nous), p. 334 ; et, d'autre part, que le *choix* effectué par un ministre en charge de l'économie quant à l'usage des prérogatives que la loi lui accorde ne saurait légalement contraindre l'ensemble de ses successeurs.

¹ Alors que le caractère scientifique de l'analyse économique a souvent (en particulier depuis le début de la crise économique) été contesté, nous considérons que la question pertinente serait plutôt de savoir de quel type de science il s'agit. On pourra sur ce sujet consulter, par exemple, les travaux de G. Gaston-Granger et de F. Volpi sur la tripartition aristotélicienne de la Science.

² Le Président de l'Adlc estime, par exemple, que « En revanche –et c'est sans doute une lacune que l'on peut regretter– le concours des agents ministériels n'est pas prévu pour la réalisation d'opérations d'enquêtes simples –relevé de prix dans des linéaires de grands magasins, etc.–, alors qu'il aurait indéniablement présenté un intérêt. Il faut sans doute voir dans cette lacune une conséquence de la rapidité avec laquelle la réforme a été conduite. Sans doute pourrait-elle être comblée lorsque le moment sera venu, après un temps d'expérimentation suffisant, de faire un premier bilan de la réforme et de la parachever », *ibid*, p. 25. De façon encore plus explicite, le Président de l'Adlc écrit, s'agissant de l'office de l'Adlc, que cette dernière est en charge de la régulation concurrentielle, laquelle se compose d'un « aspect pratique qui consiste à faire fonctionner la concurrence sur l'ensemble des marchés » et d'un « aspect programmatique qui consiste à concevoir une véritable politique de concurrence », B. Lasserre, L'office de l'Autorité de la concurrence, *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, 2010, p. 102. Conception qu'il souligne à nouveau lorsqu'il écrit que « Ce n'est pas tant, je crois, le bilan de l'Autorité qu'il faudrait dresser que celui de la régulation concurrentielle des marchés “à la française” », B. Lasserre, La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité, *Concurrences*, n°3, 2010, p. 35.

I – L’analyse de la situation concurrentielle par l’Autorité de la concurrence

Lors de son avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d’affiliation de magasins indépendants et aux modalités d’acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, résultant d’une saisine d’office, l’Adlc avait eu à examiner la situation concurrentielle de ce secteur qui est l’un de ceux, dont les conséquences de l’organisation et du fonctionnement sont les plus directement perceptibles par les consommateurs¹.

Le communiqué de presse de l’époque indiquait alors que « L’Autorité de la concurrence juge préoccupant le niveau de concentration de certaines zones de chalandise. Elle constate qu’il est aujourd’hui très difficile de créer de nouveaux magasins. Pour redynamiser la concurrence, il faut d’une part lever les barrières comportementales à l’entrée (par exemple, les pratiques du gel du foncier commercial), et d’autre part favoriser la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes, entravées aujourd’hui par des contrats trop longs et trop rigides. Elle estime qu’une intervention du législateur en ce sens pourrait s’avérer nécessaire ». De plus, le cas de la ville de Paris était explicitement évoqué puisque l’Adlc indiquait, notamment dans la conclusion de son avis, que « 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 »².

Il résultait donc de cette analyse que l’Adlc considérait, à la suite de son auto-saisine, que par la seule voie de changements concernant le foncier commercial et les relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés, au besoin par la loi, il n’y aurait plus de difficultés concurrentielles. Cette lecture de l’avis fut d’ailleurs celle du Gouvernement et du législateur qui considérèrent, après quelques temps³, que la profession n’avait pas mis en œuvre les

¹ Compte tenu de cet impact sur les consommateurs, le Gouvernement a décidé, depuis 2011, la mise en place d’un Observatoire des prix et des marges dont on peut consulter les résultats mensuels sur le site Internet <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence/Observatoire-des-prix-et-des-marges> .

² Avis n°10-A-26, p. 61, § 234.

³ Le projet de loi a été présenté en Conseil des ministres par M. Frédéric Lefebvre le 1^{er} juin 2011. Pour plus de détails on peut consulter le site Internet du ministère de l’économie, des finances et de l’industrie <http://www.economie.gouv.fr/economie/projet-de-loi-pour-renforcer-droits-et-protection-et-information-des->

recommandations de l'Adlc et qu'il fallait donc légiférer. Cela explique certaines des dispositions du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, lequel est toujours actuellement en cours d'examen au Parlement¹.

C'est dans ce contexte que doit être replacé l'avis n°12-A-01 du 12 janvier 2012 de l'Adlc, sur saisine de la ville de Paris en date du 8 février 2011, et souligner en particulier, à la fois l'effort analytique porté quant à l'évaluation de la situation concurrentielle à Paris (A) et l'absence *prima facie* d'infraction aux règles de concurrence de la part du groupe Casino (B).

A – Une analyse économiquement fondée

Après avoir défini les caractéristiques de la demande et de l'offre de distribution alimentaire à Paris, l'Adlc propose une analyse concurrentielle dans laquelle elle détermine les marchés pertinents dans la grande distribution à dominante alimentaire et met en évidence la position de *leader* du groupe Casino. Nous revenons brièvement sur ces deux points pour souligner qu'à chacune de ces deux étapes l'Adlc propose une analyse économique correspondante aux standards actuels de cette discipline.

S'agissant de la question de la délimitation des marchés pertinents, celle-ci est vite apparue à l'Adlc comme « essentielle »². En effet, la question principale à ce niveau consistait à savoir si, et dans quelle mesure, les hypermarchés implantés en proche périphérie de Paris étaient susceptibles de limiter, voire d'annuler, les effets négatifs sur les prix et la diversité des produits qui pourrait provenir de la concentration des opérateurs au niveau de Paris *intra-muros*. L'Adlc ayant auparavant démontré que « Paris [intra-muros] se caractérise donc par la prédominance de magasins intégrés directement au sein de groupes de distribution »³.

L'analyse concurrentielle n'offre pas de grande surprise quant à la délimitation des marchés de produits puisque, d'une part, elle reprend les éléments essentiels de sa pratique

[consommateurs](http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl4141.asp), ainsi que le site Internet de l'Assemblée nationale <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl4141.asp> où figure le dossier législatif.

¹ Il faut toutefois noter que le projet de loi ne reprend pas intégralement les recommandations de l'avis de l'Adlc puisqu'il ne traite pas du foncier commercial et des problèmes liés aux droits de priorité dans les contrats entre groupes de distribution et affiliés.

² Avis n°12-A-01, p. 20, § 74.

³ Ibid., p. 20, § 72.

décisionnelle et, d'autre part, elle démontre que, s'agissant de Paris, le commerce électronique de produits alimentaires (c'est-à-dire à la fois le « drive » et la livraison à domicile) n'exerce que marginalement une pression concurrentielle¹. Elle conclut alors légitimement qu'« [...] il convient donc de retenir, comme pouvant répondre de façon alternative aux besoins des consommateurs parisiens, et donc exerçant les uns sur les autres une pression concurrentielle, les supérettes, les supermarchés, les magasins de maxi-discount ainsi que les magasins populaires et les hypermarchés pour la partie alimentaire de leur assortiment »².

En revanche, s'agissant de la délimitation des marchés géographiques, l'analyse concurrentielle est beaucoup plus intéressante, notamment du fait qu'elle dévoile et répond précisément à l'analyse économique produite par le groupe Casino sur ce point³.

En effet, la concurrence entre les magasins à dominante alimentaire s'appréciant sur des marchés locaux (ou « zones de chalandise »), la question centrale porte donc sur le fait de savoir si, et dans quelle mesure, les hypermarchés implantés en périphérie exercent une pression concurrentielle sur les commerces implantés à Paris intra-muros. De façon extrêmement heureuse, mais totalement inhabituelle à notre connaissance, l'Adlc évalue et critique précisément les hypothèses et la robustesse de la méthode développée par l'étude économique produite par le groupe Casino et les résultats qui lui sont présentés. Sans entrer dans le détail⁴, l'Adlc reprend la méthode proposée par le cabinet d'expertise économique pour estimer les parts de marché sur les zones de chalandises locales, laquelle repose sur une agrégation des parts de surface de vente ou de chiffre d'affaires calculés du point de vue de consommateurs hypothétiques et permet une prise en compte différenciée de la concurrence des hypermarchés de périphérie.

¹ Le « drive » n'exerce qu'une faible pression concurrentielle du fait de « la faible motorisation des consommateurs et des difficultés de circulation » (§ 90), quant à la livraison à domicile « le chiffre d'affaires réalisé par ces opérateurs auprès de consommateurs situés dans Paris intra-muros serait de l'ordre de 120 à 150 millions d'euros, ce qui représente environ 3% des achats alimentaires des consommateurs parisiens par rapport au chiffre d'affaires du commerce à dominante alimentaire généraliste à Paris, estimé par les services d'instruction de l'Autorité à plus de 3,7 milliards d'euros » (§ 93).

² Ibid., p. 25, § 94.

³ On remarquera à regret, qu'à l'instar d'une procédure contentieuse, l'étude économique effectuée pour le groupe Casino par un cabinet économique spécialisé n'est pas disponible aux tiers (même dans une version non confidentielle) et, de façon un peu plus anecdotique, que l'identité de ce dernier n'est pas dévoilée alors que l'Autorité n'hésite pas à citer la source des études qui confirme ses analyses (Cf. § 116). Seule la consultation du communiqué de presse du groupe Casino, suite à la publication de cet avis, permet de lever cet anonymat.

⁴ Voir Ibid., pp. 32-35, §122-130.

L'Adlc a alors procédé en deux temps. Dans un premier temps, où seul ne sont pris en compte que les magasins situés dans Paris *intra-muros*, elle conclue que « [...] la part de marché (en chiffre d'affaires) du groupe Casino est supérieure à 50% dans 69 quartiers sur 80 (contre 54 sur 80 lorsque la part de marché est comptabilisée en nombre de magasins). Elle est supérieure à 80% dans 15 quartiers sur 80 (contre 11 lorsque la part de marché est mesurée en nombre de magasins). Enfin, elle n'est jamais inférieure à 30%. Par ailleurs, la part de marché de l'enseigne *Franprix* est supérieure à 30% dans la moitié des quartiers, et supérieure à 40% dans 16 quartiers sur 80 »¹. Dans un second temps, où sont introduits les hypermarchés de périphérie, l'Adlc conclut que « Au final, si l'on pondère par le nombre de ménages de chaque quartier, la part de marché du groupe Casino sur l'ensemble de Paris, lorsqu'est prise en compte la concurrence des hypermarchés de proche banlieue, ne diminue que de quatre points de pourcentage : elle n'est donc pas substantiellement différente de celle constatée lorsque la concurrence des hypermarchés de périphérie n'est pas prise en compte. La part de marché du groupe Casino est ainsi supérieure à 50% dans plus de la moitié des quartiers, et supérieure à 80% dans 10 des 80 quartiers. Le groupe Carrefour a une part de marché supérieure à 40% dans 4 quartiers, mais elle est inférieure à 30% dans 67 quartiers sur 80. La part de marché du groupe Diapar atteint 30% dans 4 quartiers. Quant aux autres opérateurs, leur part de marché locale n'atteint jamais 30% »².

Sous l'angle de l'analyse économique, ce qu'il y a de remarquable à cette délimitation du marché pertinent relève de trois points. Tout d'abord, la méthode utilisée est clairement explicitée et il y a, au surplus, un renvoi à un article académique portant sur celle-ci. Ensuite, l'Adlc expose clairement quelles sont, selon elle, les limites méthodologiques de l'étude économique produite par le groupe Casino (surestimation du poids des hypermarchés dans les zones de chalandise³). Enfin, l'Adlc se livre à une étude de la robustesse des résultats de son analyse⁴.

¹ Ibid., p. 33, §123. Pour que le lecteur ne soit pas surpris quant au nombre de « quartiers », il faut préciser que les services d'instruction ont utilisé la délimitation de Paris en 80 quartiers (4 par arrondissement) retenue par l'INSEE. Sur ce point, il nous semble que les services d'instruction auraient peut-être pu tirer un meilleur parti des travaux d'économie géographique et notamment des méthodes de délimitation des villes. L'analyse économique tendant à démontrer que, dans de certains cas, l'étendue légale d'une ville ne correspond pas à son étendue géographique réelle. Cf., par exemple, H. Rozenfeld, D. Rybski, X. Gabaix et H. Makse, The area and population of cities: new insights from a different perspective on cities, *American Economic Review*, août 2011, pp. 2205-2225.

² Ibid., p. 35, §129-130.

³ Ibid., p. 34, §126.

⁴ Ibid., p. 35, §129.

S'agissant de la position de *leader* du groupe Casino sur le marché parisien de la distribution alimentaire, elle est soutenue par de nombreux éléments fournis au sein de l'avis, parmi lesquels outre les parts de marché précédemment rappelées rapidement, deux chiffres pourront emporter la conviction : 61,7% en part de surface de vente et entre [54-66]% en part de chiffre d'affaires¹.

B – L'absence d'infraction aux règles de concurrence du groupe Casino

Substantiellement le droit de la concurrence français ne comporte qu'une interdiction, à savoir l'atteinte à la concurrence. Schématiquement, cette dernière peut advenir soit par abus de position dominante, soit par le fait de s'entendre pour restreindre la concurrence. Dès lors, que ce soit à la suite d'une analyse prospective (contrôle des concentrations) ou d'une analyse rétrospective (contrôle des pratiques anticoncurrentielles), l'Adlc ne peut légalement sanctionner une entreprise que si la (ou les) pratique(s) mise (mises) en œuvre ont pour objet ou pour effet une atteinte à la concurrence. La question qui se pose donc ici est celle de savoir si le groupe Casino a, d'une manière ou d'une autre, commis une infraction aux règles de concurrence.

Tout d'abord, il convient de souligner que l'Adlc dès la définition du « contexte » remarque que : « L'importance de la part de marché en surface de Casino dans Paris intra-muros est principalement due à l'acquisition de enseignes *Franprix* et *Leader Price* à la fin des années 1990. Cet achat a permis à Casino d'accroître son parc de magasins parisiens d'une centaine d'unités, alors qu'à l'époque, le groupe ne détenait à Paris que 5% des surfaces de vente sur le format des supermarchés, avec seulement dix magasins. A la même époque, le groupe Casino s'est développé sur le format des magasins populaires situés en centre-ville en entrant au capital de l'ensemble Monoprix-Prisunic qui détenait à l'époque, au moment de son rapprochement, plus de 350 magasins sur l'ensemble du territoire national. Le groupe Casino a augmenté sa participation et détient, depuis 2000, à parité avec le groupe Galeries Lafayette, le contrôle conjoint du groupe Monoprix [...] Le groupe Monoprix possède à Paris 53 magasins *Monoprix*, 31 magasins *Monop'*, 5 *Dailymonop'* et 33 magasins *Naturalia*

¹ Ibid., p. 19, §67. La fourchette indiquée quant à la part du groupe Casino dans le chiffre d'affaires de la distribution alimentaire à Paris *intra-muros* résulte du secret des affaires, et non d'une incertitude des services d'instruction.

spécialisés dans les produits biologiques »¹. De plus, l'Adlc fait également remarquer que la croissance récente des surfaces de vente à Paris n'a pas remis en cause cette position du groupe Casino car celui-ci représente 65% de ce phénomène. En outre, le groupe Casino a encore accru son positionnement en terme de surface grâce à des ré-affiliations et à des acquisitions : « Ainsi, la croissance du parc des magasins Franprix entre 2007 et 2011, qui représente l'essentiel de la croissance du groupe à Paris, résulte pour les deux tiers de créations de magasins et pour le tiers restant de changements d'enseigne, soit après une acquisition, soit par ré-affiliation d'exploitants indépendants (dont certains étaient précédemment sous une autre enseigne du groupe Casino) »².

Puis, c'est au sein de l'« analyse concurrentielle » que l'on trouve deux points méritant d'être soulignés. Premièrement, l'Adlc constate que « De fait, le positionnement commercial choisi par Casino peut répondre à son propre objectif de maximisation des profits [...] »³. Deuxièmement, l'Adlc soutient que « De fait, la position du groupe Casino sur le marché parisien découle également du relatif désintérêt des groupes concurrents pour les formats de proximité, du moins jusqu'à une période récente »⁴.

Toutefois, c'est dans le cadre des « recommandations » que l'on trouve les éléments les plus pertinents et les plus explicites quant à une éventuelle infraction aux règles de concurrence de la part du groupe Casino. Nous les citons donc *in extenso* : « Par ailleurs, la concentration observée sur le marché parisien de la distribution à dominante alimentaire découle d'une part, des investissements effectués par le groupe Casino sur le marché parisien, qui lui ont permis d'agrandir et d'améliorer son parc de magasins, d'autre part, du désintérêt relatif longtemps manifesté par les concurrents de ce groupe à l'égard du marché parisien. Entre 1998 et 2000, le groupe Casino a ainsi, avec l'assentiment des autorités de concurrence et sous réserve d'engagements de cession de magasins, racheté le réseau Franprix/Leader Price, historiquement très présent à Paris, et acquis le contrôle conjoint du groupe Monoprix, au moment où celui-ci était menacé dans son développement. Par la suite, le groupe Casino a continué d'investir pour ouvrir de nouveaux magasins, de rénover les points de vente existants (4% du chiffre d'affaires de Casino y étant consacrés chaque année) et d'adapter son modèle commercial à la demande (différenciation des enseignes,

¹ Ibid, pp. 10-11, §33-35.

² Ibid., p. 11, §37.

³ Ibid., p. 40, §136.

⁴ Ibid., p. 46, §163.

élargissement des horaires d'ouverture, etc.). *La réussite du groupe Casino peut donc être imputée à sa stratégie et à ses mérites propres.* Cependant, elle a également été facilitée par les comportements des groupes de distribution concurrents, qui ont quant à eux privilégié l'ouverture de magasins de grande taille en périphérie des grandes villes, l'ouverture de tels formats de vente étant difficile à réaliser dans Paris intra-muros. Ce n'est que sur une période récente que certains opérateurs, notamment les groupements coopératifs, ont manifesté leur intérêt pour ce marché. En première analyse –et sans préjudice des conclusions de l'Autorité quant à une éventuelle saisine ou auto-saisine contentieuse–, *la préoccupation de concurrence identifiée au terme de cet avis se fonde donc sur la structure du marché parisien de la distribution alimentaire, et non sur la mise en œuvre d'éventuels comportements anticoncurrentiels.* Cette structure, combinée à l'importance pour les consommateurs de ce marché de 3,7 milliards d'euros annuels, justifie que l'Autorité de la concurrence poursuive sa veille concurrentielle du secteur pour appréhender les ouvertures de nouveaux magasins et les changements d'enseigne entre magasins, et ainsi, les évolutions de la part de marché du groupe Casino et du degré de concentration du secteur » (mis en italique par nous)¹.

Autrement dit, pour user d'une analogie sportive, la position de *leader* du groupe Casino à Paris, comme autrefois celle de Michaël Schumacher en formule 1 (7 titres de champion du monde) ou de Sergueï Bubka à la perche (6 titres consécutifs de champion du monde), ne provient que de ses propres mérites. Cette position n'étant, selon l'analyse même de l'Adlc, que le fruit d'une stratégie *licite* performante. Il faut en effet tempérer fortement le passage où l'Adlc indique que ces conclusions sont sans préjudice de celles qu'elle pourrait émettre dans le cadre d'une saisine ou auto-saisine contentieuse car, d'une part, c'est une "clause de style" que l'on retrouve dans un grand nombre d'avis (et qui vise à ne pas se "lier les mains") et, d'autre part, il serait extrêmement surprenant que l'Adlc revienne sur cette conclusion car cela signifierait alors la reconnaissance soit d'une erreur d'analyse de sa part, soit d'un défaut d'information sur ce secteur, deux hypothèses fort peu probables compte tenu de l'expérience et de la connaissance de ce secteur par l'Adlc comme en témoignent ses nombreux avis et décisions et le fait qu'elle y a consacré, pour partie, son étude thématique dans son rapport annuel pour l'année 2010.

¹ Ibid., pp. 52-53, § 186-187.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, le sens de l'avis paraissait aller de soi. L'Adlc allait répondre à la ville de Paris que le marché de la distribution alimentaire était concentré, mais que cela résultait des propres mérites du groupe Casino. Il ne restait plus alors à l'Adlc qu'à proposer à la ville de Paris la mise en œuvre de mécanismes incitatifs destinés à développer la concurrence, le cas échéant en cherchant à accroître la diversité des enseignes. Pourtant l'avis de l'Adlc allait réserver de grandes surprises.

II – L'avis de l'Autorité de la concurrence

Alors que l'analyse de la situation concurrentielle de cet avis peut être considérée comme solidement fondée, il nous semble que l'avis, c'est-à-dire les conclusions tirées de cette analyse par l'Adlc, dépassent la saisine et les attributions de l'Adlc (A) et, de plus, ne trouvent aucun fondement économique lorsqu'elles militent en faveur de l'introduction en droit français d'un mécanisme d'injonction structurelle¹ en l'absence d'infraction aux règles de concurrence (B).

A– Un dépassement de la saisine et des attributions de l'Autorité de la concurrence

Sur le bandeau situé dans la partie supérieure des pages du site Internet de l'Adlc, trois verbes attirent l'attention : « prévenir », « sanctionner » et « réguler »². Cela semble *a priori* et respectivement correspondre aux trois missions de l'Adlc : une fonction consultative (avis) pour prévenir les opérateurs économiques et/ou les organes publics de tout risque d'atteinte à la concurrence, une fonction décisionnelle (décision) pour sanctionner les comportements anticoncurrentiels, et le contrôle des concentrations (autorisation ou interdiction) pour réguler les structures de marché. Pourtant, la complexité est un peu plus grande, notamment car les décisions de l'Adlc ont aussi un rôle de dissuasion et de régulation. Comme le rappelle en effet souvent le Président de l'Adlc, celle-ci n'est pas une juridiction mais bien une autorité administrative indépendante, chargée de veiller au « libre jeu de la concurrence » selon les termes de l'article L. 461-1 du code de commerce, c'est-à-dire « spécialisée dans l'analyse et

¹ La notion d'injonction structurelle, c'est-à-dire notamment l'ordre de céder des surfaces commerciales, existe en droit français dans le cadre d'infractions aux règles de concurrence ou dans le contrôle des concentrations.

² On peut noter que le Président de l'Adlc ne reprend pas complètement le message que véhiculent ces trois verbes puisque selon lui « La mission de l'Autorité, appréhendée à partir de ses grands axes, se présente comme un triptyque : “prévenir, corriger, orienter” », B. Lasserre, L'office de l'Autorité de la concurrence, *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, p. 102. La différence entre « orienter » et « réguler » étant particulièrement forte en la matière.

la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés, pour la sauvegarde de l'ordre public économique » selon la définition donnée sur le site Internet de l'Adlc.

C'est dans ce cadre qu'après avoir exposé les raisons pour lesquelles l'avis de l'Adlc dépasse la saisine de la ville de Paris, nous tenterons de démontrer que cet avis dépasse également les attributions de l'Adlc.

L'activité consultative de l'Adlc est organisée par la loi et peut-être obligatoire ou facultative¹. Elle est obligatoire dans cinq cas : en cas de réglementation des prix par le Gouvernement (art L. 410-2 du code de commerce), en cas de décret dérogatoire aux interdictions de pratiques anticoncurrentielles (art L. 420-4 du code de commerce), lorsque le Gouvernement prépare un texte réglementaire « instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : 1/ De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, 2/ D'établir des droits exclusifs dans certaines zones, 3/ D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente » (art L. 462-2 du code de commerce), dans l'application spécifique de certains textes législatifs ou réglementaires, et enfin dans certaines nominations (ex : le médiateur du cinéma).

La consultation est donc facultative dans tous les autres cas. Néanmoins, tout le monde ne peut pas saisir l'Adlc pour avis sur tous les sujets. La loi prévoit limitativement trois cas. Premièrement, aux termes de l'article L. 462-1 du code de commerce il peut y avoir une saisine de l'Adlc pour avis par « les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence », le Gouvernement « sur toute question de concurrence », et « sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix et des revenus de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique, de la Réunion, du Département de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, en ce qui concerne les intérêts dont ils ont la charge ». Deuxièmement, aux termes de l'article L. 462-3 du code de commerce « L'Autorité

¹ Le Vice-président P. Spilliaert offre un panorama exhaustif du cadre normatif régissant les compétences consultatives de l'Adlc ainsi que de nombreux exemples éclairants, Cf. P. Spilliaert, Les avis de l'Autorité de la concurrence, *Concurrences*, n°3, 2010, p. 58.

peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies ». Troisièmement, l'article L. 462-4 du code de commerce prévoit 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 ».

En l'espèce, c'est sur le fondement de l'article L. 462-1 alinéa 2 du code de commerce que la ville de Paris a saisi pour avis l'Adlc. Les termes de cette disposition légale indique clairement que l'ensemble des institutions et organismes mentionnés peuvent saisir l'Adlc uniquement en ce qui concerne « les intérêts dont ils ont la charge ». Dès lors, au vu de l'avis, deux lectures semblent possibles.

La première, celle de l'Adlc dans cet avis, entend cette disposition comme indiquant que la ville de Paris peut saisir l'Adlc sur toute question de concurrence concernant la ville de Paris et que les solutions proposées par l'Adlc aux éventuels problèmes de concurrence repérés, dans le cadre de ses recommandations, ne tiennent pas compte si elles relèvent (ou non) des attributions légales de la ville de Paris. Ainsi, l'Adlc propose-t-elle à la ville de Paris dans son avis, d'une part, de poursuivre l'abaissement des barrières à l'installation de grandes surfaces alimentaires et de fluidifier le marché, et, d'autre part, d'introduire en droit français la notion d'injonction structurelle en l'absence d'infraction aux règles de concurrence.

La seconde, celle que nous soutenons, entend cette disposition comme indiquant que la ville de Paris peut saisir l'Adlc sur toute question de concurrence concernant la ville de Paris, *mais* que l'Adlc se doit de répondre clairement aux questions qui lui sont posées, c'est-à-dire de fournir à la ville de Paris des recommandations que cette dernière puisse légalement mettre en œuvre, si elle le souhaite. Cette interprétation nous semble cohérente avec la rédaction de la disposition, puisque l'on comprendrait mal sinon à quoi servirait la possibilité de saisir l'Adlc si les réponses qu'elle fournit ne permettent pas à celle qui la saisit pour avis de changer quoi que ce soit. On comprendrait également mal que la disposition distingue différentes possibilités de saisines si toutes devaient conduire aux mêmes réponses. Il nous semble enfin que le fait que l'Adlc ne soit pas dans l'obligation de répondre favorablement à

ce type de saisine, sans avoir à se justifier, trouve ainsi une explication logique : si l'Adlc estime, par exemple du fait de sa connaissance précise du secteur, que la saisissante n'a aucun pouvoir pour modifier les éventuelles difficultés concurrentielles, elle ne donnera pas suite à cette demande¹.

Si l'on suit notre lecture, il faut donc convenir que l'Adlc a dans son avis dépassé légalement la saisine de la ville de Paris et donc les attributions que la loi lui confie. Malheureusement, les avis de l'Adlc (tout en ne garantissant pas nécessairement et complètement le non contradictoire²) ne sont pas susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris, ni même d'un recours gracieux comme l'avait suggéré une partie de la doctrine³. D'autant que le Président de l'Adlc a publiquement expliqué que l' « On ne voit donc vraiment pas qui, hormis peut-être quelques “plaideurs professionnels” héritiers de ceux dépeints par Racine, pourrait avoir intérêt à ce que l'on donne suite à l'idée quelque peu... baroque, avancée dans le précédent numéro de la revue, d'instaurer un droit de recours gracieux contre les avis de l'Autorité. Ni le bon sens, ni les entreprises, n'y gagneraient en tout cas »⁴. La seule voie restante étant alors un recours devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, démarche qu'une seule entreprise semble avoir pour l'heure effectué dans le cadre d'un autre avis, mais qui en l'espèce ne nous paraît pouvoir aboutir, mais c'est encore une hypothèse, que très malaisément compte tenu de la difficulté qu'aurait un groupe, tel que Casino, à démontrer le caractère décisoire de cet avis⁵. Et pourtant, si l'on en croit le

¹ Le Vice-président P. Spilliaert souligne en effet clairement qu' « Il convient de préciser que le texte du Code de commerce permet de distinguer selon les cas où l'Autorité a compétence liée pour rendre un avis et les cas où l'Autorité dispose d'une simple faculté dont elle peut user ou non. Le premier cas est relatif à une demande d'avis gouvernemental. Dans cette hypothèse l'alinéa 2 de l'article L. 462-1 C. Com utilise l'indicatif présent : l'Autorité “donne son avis”, ce qui signifie qu'elle ne peut pas refuser de répondre. En revanche, dans tous les autres cas, l'utilisation du verbe “peut” signifie que l'Autorité n'a pas compétence liée et, qu'en opportunité, elle peut refuser de répondre sans avoir à s'en justifier », Ibid., p. 59, §8.

² Pour une présentation d'un véritable *vade-mecum*, à destination des entreprises, des points sur lesquels il faut être attentif dans le cadre d'un avis de l'Adlc (car ce dernier peut avoir « vocation à éclairer la pratique décisionnelle »), on doit consulter M. de Drouas, P. Hubert et Ch. Faurant, Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence, *Concurrences*, n°3, 2011, p. 230.

³ M. de Drouas, E. Durand et P. Hubert, L'Autorité de la concurrence, un an après : points de vue d'usagers, *Concurrences*, n°2, 2010, p. 34.

⁴ B. Lasserre, La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité (I), *Concurrences*, n°3, 2010, p. 46.

⁵ Cette difficulté paraît commune à un certain nombre d'avis, même lorsque l'avis a des effets réels comme ce fut le cas de celui du 14 décembre 2010 n°10-A-29 relatif au fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, où Google pris “librement” un certain nombre d'engagements au cours de l'instruction. Sur ce point voir en particulier F. Marty, L'Autorité de la concurrence publie un avis révélant son analyse du fonctionnement du marché de la publicité en ligne et la Commission européenne ouvre des enquêtes approfondies sur les pratiques de marché de Google, *Concurrences*, Chroniques Pratiques unilatérales, 2011, n°1, pp.104-109.

magazine *Challenges* du 29 mars 2012¹ : « Auchan va faire passer de 5 à 50 le nombre de ses supérettes franchisées à l’enseigne “A 2 pas” en région parisienne dans les deux ans, en récupérant si possible les Franprix que Casino cédera pour se conformer à un avis récent de l’Autorité de la concurrence »², démontrant le caractère de “quasi-décision” de cet avis³.

Au final, il faut toutefois remarquer que l’Adlc aurait pu s’éviter cet “excès de pouvoir” et fournir les mêmes recommandations, à partir d’une analyse de la situation de la distribution alimentaire à Paris, si elle s’était autosaisie comme lors de son avis n°10-A-26 de 2010. En effet, depuis son installation, l’Adlc peut au titre de l’article L. 462-4 du code de commerce « prendre l’initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence ». Pourtant, là encore, nous aurions considéré que l’Adlc sortait légalement de ses attributions. Tout d’abord car il nous semble que l’on ne peut logiquement défendre l’idée selon laquelle, à partir de l’analyse d’un marché à un moment donné (c’est-à-dire d’un cas), l’Adlc puisse proposer un bouleversement tel que l’introduction en droit français (donc pour tous les secteurs) d’injonction structurelle en l’absence d’infraction aux règles de concurrence. Ensuite, parce que nous considérons que l’Adlc n’a pas la légitimité démocratique à définir elle-même quels sont les moyens dont elle doit disposer et, surtout, à s’instaurer comme un contre-pouvoir du Parlement ou du Gouvernement en critiquant les dispositions légales actuelles ou celles à venir⁴, *a fortiori* de façon publique⁵. D’autant plus, si

¹ *Challenges*, 29 mars 2012, n°294, p. 5.

² Pour un panorama sur le recours pour excès de pouvoir on pourra notamment consulter le manuel de M. Lombard et G. Dumont, *Droit administratif*, 7^{ème} édition, 2007, Dalloz.

³ Sur cette qualification voir M. de Drouas, P. Hubert et Ch. Faurant, *op. cit.*

⁴ L’avis peut en effet également être lu comme démontrant que les dispositions incluses dans le *projet* de loi renforçant les droits, la protection et l’information des consommateurs, *seront* insuffisantes. La critique se fait en outre autrement plus précise lorsque le Président de l’Adlc, s’agissant des saisines ministérielles, écrit : « Il faut en particulier que *le Gouvernement veille à nous parler avec franchise* de ses objectifs, afin de nous permettre de comprendre ce qu’il recherche et de lui donner un avis à la fois constructif et éclairé » (mis en italique par nous), B. Lasserre, La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d’autorité (I), *Concurrences*, n°3, 2010, p. 43. Par ailleurs, s’agissant de la critique des dispositions actuelles, il faut rappeler ce que disait en 2009 le Président de l’Adlc : « Mais un nouvel instrument fait son apparition dans la panoplie, avec la faculté donnée à l’Autorité d’imposer des injonctions structurelles propres au secteur de la distribution quand les autres outils disponibles (injonction, amende) ont échoué à assurer le rétablissement de l’ordre concurrentiel. Cette faculté, dont avait souhaité disposer le Conseil, a été voulue par les parlementaires, compte tenu de la situation spécifique dans laquelle se trouve ce secteur. Parallèlement à l’abaissement des seuils de notification, qui permettra d’assurer un contrôle des concentrations plus vigilant pour l’avenir, elle fournit un outil permettant de traiter les cas dans lesquels seront caractérisés des abus de positions dominantes acquises dans le passé, que ce soit par le biais de concentration, d’une ouverture d’enseigne, etc. », B. Lasserre, La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voûte d’une régulation moderne, juste et efficace, janvier 2009, p. 26.

⁵ Compte tenu de la publication sur le site Internet de l’Adlc de cet avis, ce qui n’a rien d’obligatoire, on pourrait considérer que l’Adlc se comporte un peu à la façon d’un *lobby* sur le pouvoir exécutif et législatif. Avec une différence majeure toutefois puisque l’avis de l’Adlc a la caractéristique d’être un document officiel public, et qu’il n’en aura donc que plus de valeur aux yeux des citoyens qui pourraient ne pas comprendre pourquoi le

l'on considère qu'avec une telle proposition, il existe un risque que l'Adlc utilise l'outil des injonctions structurelles pour contrecarrer le pouvoir d'invocation du ministre en charge de l'économie dans les opérations de concentration.

A notre sens, la liberté en matière consultative dont bénéficie l'Adlc doit donc nécessairement avoir des limites et notamment un devoir de réserve démocratique, ou alors pourquoi ne pas imaginer demain que, dans le cadre d'un avis, l'Adlc rédige une loi ou même porte une évaluation concurrentielle sur le bilan d'une mandature parlementaire ou d'un quinquennat ?¹ Un esprit machiavélique pourrait en outre estimer qu'avec de tels avis l'Adlc pourra toujours se prémunir d'une évaluation de son activité en faisant valoir qu'elle ne dispose pas des outils qui lui sont nécessaires.

Dans une démocratie, seuls deux sujets semblent pouvoir légitimement échapper au débat démocratique : la Science et la Religion². Ne croyant pas au caractère incréé ou transcendantal des conclusions de l'avis de l'Adlc et de sa proposition concernant les injonctions structurelles, il reste à savoir si cette dernière trouve un fondement dans l'analyse économique actuelle.

B – Le caractère économiquement infondé de la demande d'injonction structurelle en l'absence d'infraction aux règles de concurrence

L'analyse économique et notamment l'économie industrielle ont connu et, sans doute, connaissent encore aujourd'hui de grands progrès conceptuels et instrumentaux : que l'on songe simplement, à titre illustratif et bien que cela puisse donner une image trop réductrice

pouvoir politique ne suit pas les préconisations de cette autorité indépendante qui ne se donne pour seul critère d'action que la défense du bien-être des consommateurs. Il pourrait à cet égard paraître étonnant de constater qu'il existe aujourd'hui, pour le Gouvernement et le Parlement, le risque de se retrouver dans une sorte d'étau entre, d'une part les recommandations du Réseau européen de concurrence, du Réseau International de concurrence et de l'OCDE (organisations au sein desquelles l'Adlc est présente et joue, selon les rapports annuels de l'Adlc, un rôle très actif) et, d'autre part, les avis de l'Adlc. S'agissant de recommandation de réformes, il faut toutefois distinguer nettement le cas des autorités de régulation sectorielle, telle que la CRE ou l'ARCEP, qui ont à "constituer" ces marchés, de celui de l'Adlc, autorité "horizontale", à qui le législateur n'a confié aucune mission de construction des marchés.

¹ Nous ne souscrivons donc absolument pas à l'analyse du Président de l'Adlc lorsqu'il estime que « Cette autonomie de pensée et d'action est égale à celle dont jouit l'Autorité au contentieux, en ce sens qu'elle peut souverainement définir à la fois le sujet sur lequel elle estime nécessaire de s'interroger et la forme que sa prise de position doit en définitive revêtir » (mis en italique par nous), B. Lasserre, L'office de l'Autorité de la concurrence, *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, p. 116.

² Il ne s'agit pas bien sûr de la *place* que celles-ci doivent avoir au sein de la Société, mais de la vérité et des croyances que, respectivement, elles défendent.

du phénomène, aux notions d'asymétrie d'informations, à la théorie des marchés contestables, aux marchés de plates-formes, à l'économie comportementale et à la théorie des jeux.

Pourtant, à notre connaissance, il n'existe aucun fondement théorique établissant l'idée qu'une autorité de concurrence puisse disposer du pouvoir général (c'est-à-dire applicable à tous les marchés) d'injonction structurelle en l'absence d'infraction aux règles de concurrence¹, lequel est un concept qui dépasse de beaucoup celui déjà extrêmement complexe de la "construction des marchés" telle qu'elle se pratique dans le cadre de la régulation sectorielle. Nous tenterons en outre d'esquisser brièvement qu'il existe de sérieux arguments à l'encontre de l'introduction de l'outil de l'injonction structurelle en l'absence d'infractions aux règles de concurrence. A ce titre, trois arguments seront successivement présentés : le premier portera sur la capacité de l'Adlc à déterminer la structure concurrentielle optimale de chaque marché, le deuxième soulignera que l'Adlc effectue cette demande sans avoir réellement apporté la preuve de l'inefficacité de tous les autres moyens disponibles ou envisageables, et le troisième proposera une réflexion plus générale sur l'objet de la politique de concurrence.

Tout d'abord, comme l'a remarqué D. Bosco avec une très grande justesse, cette volonté de la part de l'Adlc de disposer d'un pouvoir d'injonction structurelle constitue un retour vers le dirigisme². Or, pour accepter cela, deux éléments devraient être démontrés. D'une part, l'Adlc devrait démontrer qu'elle dispose de la connaissance de ce qu'est la concurrence et prouver, pour chaque marché, quel est son niveau optimal. D'autre part l'Adlc devrait démontrer, qu'à la différence de l'Etat (puisqu'il est devenu classique de considérer, au moins depuis les travaux du *Public Choice*, que ce dernier n'est pas nécessairement orienté dans ses actions par le seul intérêt général), elle est un planificateur bienveillant. Considérant que l'incapacité à réaliser l'une seulement de ces deux conditions cumulatives marquerait

¹ Sauf erreur de notre part, la consultation de manuels d'économie industrielle tels que celui de J. Tirole, *Théorie de l'organisation industrielle*, 2 tomes, Economica, 1993, ou celui de D. Carlton et J. Perloff, *Economie industrielle*, De Boeck, 2008, ne permet pas non plus de trouver la trace d'un quelconque fondement à une telle affirmation.

² Ce Professeur de Droit souligne clairement que « Si la proposition est encore formulée de manière vague, l'idée est bien là : celle d'un contrôle a posteriori de la concentration économique et d'une possible recomposition autoritaire du tissu économique français, au gré des appréciations d'une autorité administrative. Cette mesure semble d'un autre temps ; quelle soit accompagnée d'excellents encadrements procéduraux ne change rien au principe de fond qu'elle soutient ; qu'elle puisse s'autoriser de précédents étrangers (au demeurant adoptés dans des contextes normatifs tout à fait différents du nôtre) ne la rend pas plus moderne ni meilleure », D. Bosco, La dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle, *Contrats, conc. consom*, mars 2012.

l'échec de la démonstration de l'Adlc, nous ne nous concentrerons que sur son impossibilité à définir *ex cathedra* ce qu'est en définitive la concurrence et quel est son degré optimal sur chaque marché.

Si la concurrence est à n'en pas douter l'une des principales notions organisatrice de l'analyse économique, force est également de constater qu'elle fait toujours aujourd'hui l'objet de recherches et que nombre d'économistes se montrent modestes quant à leur compréhension de l'intensité et de la dimensionnalité de celle-ci¹. Au moins deux explications semblent pouvoir nourrir ce constat.

Premièrement, comme le souligne notamment R. Guesnerie dans sa leçon inaugurale au Collège de France : « [...] les "atomes sociaux" ne diffèrent pas seulement des atomes du monde physique par les représentations qu'ils se donnent de cet environnement ; ils peuvent aussi le changer, c'est-à-dire modifier les règles du jeu, les institutions et l'organisation économique elle-même »². Dès lors, sauf à considérer que toutes ces modifications ne seraient que de surface car il existerait un ordre naturel, on peut en conclure que la concurrence n'est pas une notion dont l'acception est fixe à travers l'Histoire et les différents systèmes institutionnels qui peuvent exister à un moment donné à travers le monde. C'est un argument épistémologique fort à l'encontre de toute forme de dirigisme "fixe" car si les règles et l'organisation économique changent celui-ci doit nécessairement évoluer.

¹ Au début d'un article extrêmement pertinent et toujours d'une grande actualité, H. Kempf, aujourd'hui Président de l'Association Française de Science Economique, écrivait : « *Au commencement était la concurrence et la concurrence était simple. La concurrence "pure et parfaite" était le Bien et le monopole était le "Mal". Mais la simplicité a peu à voir avec les affaires du monde sublunaire. L'homme de Loi avait les idées claires mais il était bien en peine de comprendre ce qui se passait autour de lui, dans les échanges entre les hommes qu'il avait pour charge de juger. Aussi, quand l'Homme de Science s'approcha et lui montra le fruit de la Connaissance des Marchés, lui promettant qu'en le mangeant, il pourrait apercevoir le Bien et le Mal en matière de concurrence dans les situations les plus embrouillées, l'Homme de Loi accueillit la proposition avec joie et mordit hardiment dans le fruit* », avant de conclure son article en écrivant « *Après avoir parcouru avec l'Homme de Science tout ce chemin tortueux ouvert par la Connaissance, l'Homme de Loi se dit qu'il avait beaucoup appris mais acquis bien peu des certitudes pour lesquelles il s'était mis en route. Il pensa alors avec nostalgie aux Premiers Ages, ceux de l'ignorance, quand il croyait la concurrence simple et se demanda s'il avait bien fait de se lancer dans un pareil périple. Mais il était trop tard, il avait mordu au fruit de la Connaissance que l'Homme de Science lui avait présenté. Le fruit était maintenant entamé et il en gardait dans la bouche le goût un peu sûr. Il comprit que désormais il n'en finirait plus de mordre dans le fruit et que celui-ci ne lui donnerait aucune des certitudes qu'il avait espérées, mais seulement la sensation d'amertume et d'incomplétude qui ne s'épuiserait jamais. L'Homme de Loi s'assit par terre et s'épongea le front* », H. Kempf, De la concurrence et de la tentation de la Connaissance, in *L'économie normative*, H. Brochier, R. Frydman, B. Gazier, J. Lallement (eds), 1997, Economica, p. 277.

² R. Guesnerie, L'Etat et le Marché : constructions savantes et pensée spontanée, Leçon inaugurale au Collège de France, *Revue d'Economie Politique*, 2001, 111(6), nov-déc, p. 804.

De plus, c'est là la seconde explication à notre constat, même si l'on raisonne avec une organisation de l'économie, des institutions et des règles du jeu données, la concurrence reste une notion extrêmement complexe et, si l'on conçoit bien que les économistes puissent définir des cas où il y a une atteinte à la concurrence, il existe en revanche une véritable défaillance du savoir à définir la forme et le degré de concurrence qui devraient présider à chaque marché. Tout d'abord parce que les dimensions sur lesquelles la concurrence peut porter (variétés, prix, quantité, innovation, etc.) sont extrêmement nombreuses et qu'il n'existe aucun indicateur de l'intensité concurrentielle qui fasse l'unanimité. Ainsi, il y a quelques années, H. Demsetz écrivait-il : « Les économistes sont si familiers avec le modèle de la concurrence pure et parfaite qu'ils ont tendance à le confondre avec la concurrence conçue d'une façon plus large, mais notre compréhension de la concurrence est sérieusement défaillante dès que nous quittons les zones abritées que constituent les modèles de la concurrence parfaite, du monopole et de l'oligopole de Cournot »¹. Ensuite, rien n'indique que même si tous les économistes étaient d'accord sur les différents paramètres définissant l'intensité concurrentielle, l'Adlc puisse avoir accès à toutes ces informations, le marché étant un phénomène distribué. Enfin, même si ces deux difficultés pouvaient être dépassées, de nombreux travaux d'économie comportementale nous indiquent que les experts de l'Adlc pourraient, comme tout autre agent économique, avoir des analyses biaisées du fait de l'existence de biais cognitifs.

Au final, si les échecs de la planification soviétique à développer la consommation de masse, et les vertus de la concurrence soulignées par l'analyse économique ont fait refluer la majorité de la production des biens et des services et la structuration des économies d'un ordre étatique vers un ordre de marché, ce que R. Guesnerie appelle le passage du calcul économique public au calcul économique privé (sans que ce dernier ne paraisse aujourd'hui toujours et dans tous les cas à l'avantage de l'ensemble des citoyens, le balancier est-il allé trop loin ?), rien en revanche ne nous paraît justifier le passage à un ordre dicté par une autorité administrative indépendante, sauf à la considérer comme la gardienne omnisciente de la concurrence, elle-même envisagée comme un ordre naturel. C'est là un premier ensemble de raisons nous permettant de considérer que l'avis de l'Adlc est infondé.

¹ H. Demsetz, *L'économie de la firme. Sept commentaires critiques*, Les essentiels de la gestion, Editions Management Société, 1998, p. 194.

Par ailleurs, même si l'adage indique que c'est le besoin qui crée l'organe, il ne nous semble pas que cet avis démontre l'existence de ce besoin d'instaurer un dispositif d'injonction structurelle en l'absence d'infraction aux règles de concurrence. En effet, alors que beaucoup de progrès ont été réalisés dans l'évaluation des politiques publiques¹, l'avis de l'Adlc ne fournit aucune trace qu'une telle évaluation de tous les autres dispositifs existants ou envisageables aurait été réalisée et se serait soldée par l'inefficacité de ceux-ci. Or, il existe aujourd'hui un consensus assez large, en particulier parmi les économistes, à considérer que, préalablement à toute nouvelle législation, il faille établir une analyse d'impact, laquelle doit au moins répondre aux six questions suivantes : Quel est le problème à résoudre ? Quels sont les objectifs visés ? Quelles sont les options d'intervention possibles ? Quels seront les impacts de la nouvelle législation ? Quelles consultations ont été menées ? Comment la législation sera-t-elle mise en œuvre et évaluée ?² C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, complétée par une circulaire du Premier ministre pour en définir ses modalités, a rendu obligatoire, à partir du 1^{er} septembre 2009, la présence d'une étude d'impact pour tout projet de loi. En l'espèce, l'avis de l'Adlc ne remplit pas les exigences d'une telle étude d'impact, notamment en ce qu'elle ne traite pas précisément (et à la hauteur de l'enjeu) des autres options d'intervention possibles telles que l'abaissement des barrières réglementaires à l'entrée (règles concernant l'urbanisme commercial), l'assouplissement des conditions d'affiliation (que l'Adlc avait pourtant analysés dans son avis n°10-A-26), l'amélioration de la mobilité des filiales entre enseignes, ou des dispositions pouvant conduire à la baisse des loyers que réclament certains opérateurs du secteur de la grande distribution alimentaire pour pouvoir s'installer³. De plus, l'avis ne présente ni les répercussions possibles de l'introduction en droit français d'injonction structurelle en l'absence d'infraction aux règles de concurrence (notamment sur le contrôle des concentrations), ni les consultations menées. La demande de l'Adlc apparaît donc, sur la base de ce deuxième fondement, à nouveau infondée.

Enfin, cet avis pourrait être l'occasion de réfléchir et de comparer les différentes conceptions disponibles, quant à ce que doit être la politique de la concurrence et à son

¹ Cf, par exemple, M. Ferraci et E. Wasmer, *Etat moderne, Etat efficace*, Odile Jacob, 2011.

² Cf, OCDE, Construire un cadre institutionnel pour l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) : orientations destinées aux décideurs, 2008, 79 p., disponible librement sur le site Internet www.oecd.org/dataoecd/58/37/41574101.pdf.

³ Cf, notamment, l'article du Président directeur général de Système U, S. Papin, Il ne faut pas changer nos règles tout le temps, *Concurrences*, 2011, n°4, p. 27.

articulation avec les autres politiques, notamment avec les autres politiques économiques. En effet, il n'existe pas au sein des économistes un consensus sur ces questions. A titre d'illustration, le vaste programme de recherche mené depuis plusieurs années par M. Amendola et J-L. Gaffard¹ conduit à une conception de la politique de concurrence radicalement différente de celle défendue notamment par l'Adlc. Schématiquement, il s'agit de considérer que les économies de marchés sont des « machines à créer et à détruire des ressources dans un univers fondamentalement incertain »², c'est-à-dire qu'elles engendrent « [...] systématiquement des ruptures dont les conséquences ne peuvent jamais être anticipées et sur lesquelles il n'est jamais possible de revenir dans l'instant et sans coût comme si le passé n'avait jamais existé »³. Dès lors, l'enjeu de toutes les politiques économiques, lesquelles résultent nécessairement d'arbitrages entre intérêts ou objectifs différents, consiste à identifier les conditions qui rendent cette évolution viable, c'est-à-dire à maintenir l'économie dans son « corridor de stabilité ». Dans une véritable lignée schumpétérienne, l'office de la politique de la concurrence est alors de faire le partage entre les pratiques nécessaires pour innover (qu'il faut autoriser) et les pratiques affectant les consommateurs (qui sont à sanctionner), distinction qui nécessite une analyse au cas par cas et ne peut résulter de règles intangibles puisqu'une même pratique n'aura pas les mêmes effets selon le moment ou le marché où elle est mise en œuvre. Institutionnellement, il s'en suit donc que l'indépendance des autorités de concurrence ne doit pas être totale. C'est la raison pour laquelle, si l'on suit cette analyse, il y a là un troisième et dernier fondement au caractère infondée de la demande de l'Adlc.

Conclusion

L'Adlc a, depuis son avènement, une activité soutenue en matière d'avis. Pourtant cet « outil à géométrie variable », pour reprendre l'expression du Président de l'Adlc, nous paraît pouvoir conduire au meilleur comme au pire. Au meilleur, lorsqu'il répond clairement et efficacement aux demandes qui lui sont faites par les saisines externes, lorsqu'il vise par auto-saisine à éclaircir une ou plusieurs questions que pourraient se poser les opérateurs économiques ou à réaliser une enquête sectorielle. Au pire, lorsqu'il permet à l'Adlc de

¹ M. Amendola et J-L. Gaffard, *Capitalisme et Cohésion sociale*, Economica, 2012.

² Ibid., p. 2.

³ Ibid., p. 3.

dépasser les attributions qui lui sont confiées par la loi, quand il sert d'outil stratégique à l'Adlc pour faire pression sur les entreprises et/ou les pouvoirs publics, lorsqu'il sert à faire de l'Adlc un contre-pouvoir, ou quand il peut permettre à cette dernière de se prémunir de toute évaluation quant à son action.

Si nos hypothèses et notre analyse ont quelque pertinence, voire pourraient ne pas sembler totalement infondées aux citoyens, elles devraient alors conduire l'Adlc à songer à mettre en œuvre un communiqué ou des lignes directrices portant sur sa fonction consultative, à mettre largement en débat ce document auprès du public, des parlementaires et du Gouvernement, de façon à déterminer quelles doivent être ses limites quant à la liberté dont elle jouit dans le cadre de sa fonction consultative. La garantie des libertés, des droits de l'individu et des entreprises *contre* l'Adlc est en effet au moins aussi importante que la garantie obtenue *grâce* à l'Adlc. Chacun pourrait ainsi être pleinement rassuré sur le fait que l'Adlc n'utilise pas cet outil à des fins politiques, lesquelles ne peuvent dans un Etat de droit, être définies que par les citoyens ou leurs représentants et non par des experts, sauf à consacrer officiellement la mort de la politique et à en tirer les conséquences en supprimant toute élection. Or, heureusement et pour l'heure encore, aucun texte ne confère à l'Adlc le droit de déterminer la politique de concurrence de la France.

Documents de travail du BETA

- 2012-01 *Unanticipated vs. Anticipated Tax Reforms in a Two-Sector Open Economy*
Olivier CARDI, Romain RESTOUT, janvier 2012.
- 2012-02 *University Technology Transfer: How (in-)efficient are French universities?*
Claudia CURI, Cinzia DARAIIO, Patrick LLERENA, janvier 2012.
- 2012-03 *L'autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative disposer de toutes les libertés ?*
Marc DESCHAMPS, juin 2012.
-

La présente liste ne comprend que les Documents de Travail publiés à partir du 1^{er} janvier 2012. La liste complète peut être donnée sur demande.

This list contains the Working Papers written after January 2012, 1rst. The complet list is available upon request.