



Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?,

Laurence Boy

► To cite this version:

Laurence Boy. Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?,. Revue Lamy de la Concurrence, 2010, 23, pp.93. hal-00721568

HAL Id: hal-00721568

<https://hal.science/hal-00721568>

Submitted on 27 Jul 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Abus de dépendance économique. Reculer pour mieux sauter ?

Revue *Lamy Concurrence*, mai/juin 2010, n° 23, p. 93.

Autorité de la concurrence, 3 mars 2010. Décision n° 10-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité.

Le Président du Conseil de la concurrence, G. Canivet, nous avait heureusement habitué à croire en une véritable reconnaissance du droit économique en France, grâce aux analyses de cette autorité¹. Il semble qu'il faille déchanter très sérieusement après la décision de l'Autorité de la concurrence du 3 mars 2010 dans l'affaire Carrefour. On connaît la réticence, pour ne pas dire la peur, des autorités tant judiciaires et concurrentielles que doctrinales à consacrer le concept d'abus de dépendance économique. Cette notion leur paraîtrait-elle subversive² ? Ferait-elle donc, à elle seule, la révolution dans le monde de la grande distribution, pourtant sans pitié envers certains petits producteurs, agricoles notamment. Il faut le croire tant, dans l'affaire qui lui était soumise, tous les ingrédients étaient réunis pour retenir enfin et de façon éclatante l'abus de dépendance économique de commerçants, distributeurs eux-mêmes cette fois, à l'égard de Carrefour, enseigne emblématique de la grande distribution à laquelle ils étaient affiliés³. C'est globalement une analyse formelle que nous livre l'Autorité de la concurrence alors que l'on pouvait espérer enfin une décision d'ouverture sur la perception de la notion d'abus de dépendance économique. Il semble d'autant plus regrettable de s'en tenir à cette vision étroite de l'abus de dépendance que, lorsque les entreprises préfèrent la voie judiciaire fondée sur l'article L442-6 du Code de commerce, elles n'ont généralement guère plus de succès⁴.

L'affaire dans laquelle s'est prononcée l'Autorité de la concurrence opposait le SEGAG, Syndicat de l'Épicerie Française et de l'Alimentation Générale, à Carrefour. Le SEFAG a saisi le Conseil de la concurrence trois ans plus tôt⁵ de très nombreuses pratiques mises en œuvre par Carrefour et ses filiales (souvent à 100%) de pratiques contraires au droit de la concurrence sur le marché du commerce d'alimentation générale de proximité, pratiques constitutives selon lui d'abus de dépendance économique et d'entente⁶. On sait en effet que les pratiques d'ententes et d'abus de dépendance économique ne sont pas incompatibles⁷ et qu'à plusieurs reprises les autorités communautaires et nationales ont eu l'occasion de condamner les effets anticoncurrentiels résultant de l'application cumulative de plusieurs contrats similaires au sein d'un réseau de distribution⁸.

¹ Cercle des européens « Sa nomination fut reçue très positivement comme l'expression d'une volonté de moderniser l'appareil judiciaire. Grand spécialiste du droit économique, notamment du droit de la concurrence, Guy Canivet incarne en outre la nécessaire ouverture des tribunaux sur le monde des affaires », [www.europeens.org/gut-canivet] (consult. 2 avril 2010) ; G. Canivet, analysant l'office du juge national dans l'application du droit communautaire de la concurrence relevait la « mise en œuvre d'un droit économique » par le juge communautaire pour guider l'analyse du juge national, *Le droit communautaire et l'office du juge national*, *Droit et Société*, 20/21 1992, p. 143.

² A. Pirovano et M. Salah, L'abus de dépendance économique, une notion subversive ? *LPA* 21 et 24 septembre 1990.

³ Second groupe mondial après Wall Mart.

⁴ : M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse Paris, Dalloz, 2004 ; J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996 ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, thèse Paris, Dalloz, 2001 ; G. J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, thèse Paris, LGDJ, 1986, D. Fasquelle, *Absence de solution équivalente, une nouvelle illustration de la difficulté de recourir à l'abus de dépendance économique*, sous Cass. Com 2007, pourvoi n°06-14981 (inédit), *Concurrences*, 2008, n°1.

⁵ On connaît l'importance du facteur temps dans la vie économique. Il peut être fatal pour les entreprises.

⁶ Article L 420- et 420-2 du Code de commerce et 81 du Traité CE.

⁷ CA Paris, 25 janvier 2005, recours contre la décision du Conseil n°04-D-26.

⁸ Sur l'effet cumulatif : M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, U, Armand Colin, n° 342, « la coexistence sur le marché de contrats identiques et concurrents peut conduire à une fermeture du marché ».

L'autorité n'a, hélas, pas eu à répondre à ce dernier point, le rapporteur s'étant contenté de viser trois griefs se rapportant à l'abus de dépendance économique. Malgré la démonstration de montages juridiques complexes, sophistiqués et variés démontrant la grande habileté de Carrefour et sa volonté d'enchaîner véritablement les membres de son réseau, l'Autorité a estimé que « *le dossier ne permet pas de caractériser une situation de dépendance économique de l'ensemble des franchisés du réseau de proximité de Carrefour à l'égard de Carrefour* ». Une telle décision ne peut que surprendre tant elle marque une régression dans l'analyse théorique et concrète des réseaux de distribution⁹. Sur la base d'un raisonnement laissant le juriste de droit économique sur sa faim, l'Autorité n'examine même pas les effets anticoncurrentiels du réseau. Elle se contente d'évacuer la difficulté en rejetant l'idée même de dépendance économique entre Carrefour et ses franchisés. Beau succès pour l'analyse formelle, si ce n'est formaliste qui prévaut souvent encore à l'Université mais dont on croyait que les discours sur la régulation de la concurrence par les autorités concurrentielles nous avaient éloignée. En rejetant de consacrer un abus de dépendance économique, elle se met, en outre, en contradiction avec sa propre pratique.

I. Droit économique et dépendance économique

Dans les années 1980 déjà, analysant le phénomène de concentration, certains auteurs s'étaient attachés à démontrer la place de l'analyse substantielle dans la « révélation » de concentration aussi bien dans le droit des sociétés avec le concept de « contrôle »¹⁰ que dans le droit des contrats avec celui d'« intégration contractuelle »¹¹. « La concentration provoque des changements qualitatifs dans le système juridique... Elle entraîne notamment l'apparition de véritables pouvoirs économiques. De simples personnes privées disposent d'un pouvoir de décision unilatéral comparable sur le plan 'matériel' à celui de la puissance publique »¹².

L'intégration est un terme qui a une forte charge symbolique ; aussi appelle-t-il une définition nuancée. Les modalités de l'intégration sont variées et l'intensité de l'intégration est variable. Généralement cependant dans les formes assez poussées, le pouvoir de marché d'une grande entreprise lui permet par voie « contractuelle » de « vassaliser » des petites entreprises titulaires de leurs biens de production (fonds de commerce, ici) dont la grande entreprise acquiert de fait la maîtrise. L'immense avantage de cette formule dans la distribution est illustré par la présente affaire. Carrefour peut planifier *via* sa super centrale et ses filiales, son activité d'achat, sa politique de prix, ses problèmes de réassort, bref, l'ensemble de son activité comme si elle était une seule et unique entité tout en s'adaptant aux nouvelles habitudes de consommation (magasins de proximité à taille humaine) et surtout en reportant les « risques de l'entreprise et du crédit » sur les franchisés. Le droit de la concurrence ne peut ignorer l'analyse des contrats, supports, ici comme souvent ailleurs, des relations de dépendance et globalement de la situation de dépendance économique du réseau de franchisés.

Brasserie de Haecht, CJCE 12 déc. 1967, aff. 23/67, Rec. 525, Delimitis, CJCE, 28 fév. 1991, aff. C-234/89, Rec. 935 ; CA Paris, 7 mai 2002, Sté Masterfoods, BOCC 24 juin 2002.

⁹ J-B Blaise, Droit des affaires : Commerçants, concurrence, distribution, LGDJ, 5^{ème} éd., 2009 ; Philippe Le Tourneau et Michel Zoïa, Les contrats de concession : Distribution sélective, concession exclusive, distribution automobile, droit interne et communautaire, Litec 2010 ; V. Marx, La dimension collective des réseaux de distribution, Th. Montpellier I, 2008 ; F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, n° 14, Bruxelles, 2002.

¹⁰ Cl. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la SA*, Sirey, 1962 ; G. Farjat, *Droit économique*, Thémis, PUF, 2^{ème} éd. 1982, p. 143 et s. ; G. J. Martin, *RTD Com.*

¹¹ G. J. Martin, Les contrats d'intégration en agriculture, op. cit. ; L. Boy, note sous Cass. Civ. 1^{ère} 14 juin 1978, *D.* 1978.

¹² G. Farjat, op. cit., p. 143.

La force du recours à l'intégration contractuelle, ce que fait Carrefour sur le secteur spécifique du commerce d'alimentation générale de proximité¹³, repose précisément sur l'indépendance juridique formelle des détaillants franchisés mais sur leur dépendance économique. Pour rendre compte de l'objet organisationnel et concentrationniste du réseau de franchise, il faut faire appel au droit économique et à la notion de contrat économique¹⁴. Une telle analyse présente l'immense avantage de mettre en lumière le fait que derrière les diverses et apparemment très différentes obligations des membres du réseau tissé par Carrefour et ses filiales, l'objet économiquement poursuivi est le verrouillage du réseau et sa stabilité.

A. Au delà de l'objet des multiples obligations des membres du réseau...

De l'examen des faits rapportés par le SEFAG et vérifiés par le rapporteur, il ressort que Carrefour a recours à des formules juridiques variées que l'on peut ramener à deux grands types : un contrat avec des entrepreneurs individuels et un contrat avec une petite société (SARL ou SAS).

On peut faire une analyse formelle des ces diverses formules contractuelles proposées par Carrefour aux différents candidats à la franchises « Shopi », « Marché plus » ou « 8 à Huit ». Par appel à une analyse des plus classiques, la qualification des contrats est alors recherchée dans la cause des obligations réciproques des parties.

S'agissant des montages contractuels passés avec les entrepreneurs individuels, on a le plus souvent un premier contrat de franchise à durée déterminée de 7 ans reconductible automatiquement par périodes successives de sept ans passé avec Prodim, filiale à 100% de Carrefour. Cette durée relativement longue (7 ans) doit couvrir le montant du transfert de savoir faire (concept 1895). Le contrat de franchise est assorti d'un contrat juridiquement distinct comprenant une clause d'assortiment minimal portant en produits de marque propre Carrefour ou en produits agréés ou distribués par une filiale, clause incluse dans un contrat de même durée, 7 ans, mais conclu généralement à un mois d'intervalle du premier. Cette différence qui semble bénigne et de peu d'importance est, en réalité, déterminante. Ces deux contrats, renouvelables automatiquement, prévoient un préavis d'un an avant chaque période ainsi qu'une indemnité forfaitaire élevée en cas de rupture anticipée de la part du franchisé. Ce premier lot de contrats est assorti pour l'exercice du commerce soit d'un bail commercial (9 ans), soit d'un contrat de location gérance qui donne bien juridiquement au locataire gérant la qualité de commerçant indépendant. Ces deux derniers contrats de bail et de location gérance contiennent une clause d'enseigne obligeant à exploiter les locaux ou le fonds sous l'enseigne ou tout autre enseigne du groupe Carrefour (Shopi, 8 à huit, Marché Plus), à l'exclusion de toute autre. Tous ces contrats ont des dates différents, ce qui est parfaitement légal, mais prend tout son sens, nous le verrons avec l'examen de l'ensemble contractuel.

S'agissant des montages entre Carrefour et des sociétés franchisées, ils sont proposés soit *ab initio*, soit lors d'un changement de formule contractuelle (transformation d'une location gérance en bail commercial par l'ancien locataire gérant devenu propriétaire du fonds). Systématiquement Carrefour propose une prise de participation minoritaire dans la société nouvellement créée (26%, au dessous du seuil fatidique de 30%) mais qui, du fait du montage statutaire lui permet de bloquer les décisions importantes, notamment celles de cession du fonds. C'est ainsi que Carrefour, bien que minoritaire, se réserve le droit d'agréer l'acquéreur potentiel ou d'exercer un droit de préemption¹⁵.

Quel que soit ce premier montage contractuel, passé avec un entrepreneur individuel ou une société, il est complété par des clauses de prix conseillé, de ristournes conditionnelles de fidélité et

¹³ I. A. de la partie « Constatations » de la décision.

¹⁴ G. J. Martin, Droit économique, cours inédit, Nice ; L. Boy, Droit économique, L'hermès éd., Lyon, 2002, p. 148.

¹⁵ G. J. Martin, cours précité.

d'assistance technique notamment grâce un logiciel facultatif mais recommandé (METI)¹⁶, permettant la gestion de l'étiquetage des produits, de l'encaissement et du calcul de la ristourne. Enfin, conformément à la plupart des contrats commerciaux, les conventions comportent une clause compromissoire en cas de différend.

L'analyse première de ces conventions complexes montre qu'elles résulteraient d'un libre choix des petites et moyennes entreprises qui veulent s'intégrer pour des raisons de sécurité à un réseau qui a fait ses preuves. Devant un choix ouvert de formules, elles préfèrent accepter librement (sic) de se lier en perdant tout pouvoir réel de décision d'autant que, comme c'est le cas dans l'affaire soumise à l'Autorité de la concurrence, Carrefour propose de fournir aux nouveaux adhérents à la franchise l'enseigne, le savoir-faire, l'«assistance et la fourniture» qui, loin de toute forme de mécénat et malgré cette qualification optimiste, sont le moyen de sceller définitivement la dépendance de entreprises, ce que refuse de reconnaître ici l'Autorité de la concurrence.

C'est cette analyse formelle que réfutait en vain le SEFAG, analyse qu'il convient de reprendre à l'aune de l'analyse substantielle que propose le droit économique. Ainsi que l'affirme la doctrine classique, précédant en cela certaines analyses du droit économique¹⁷, la cause du contrat est déterminante dans l'opération de qualification¹⁸.

B. L'objet de l'«ensemble contractuel»:

S'agissant de qualifier les contrats constitutifs du réseau de distribution mis au point par Carrefour, la première question qui se pose est de savoir s'il ne convient pas de dépasser l'objet et la cause des obligations réciproques des parties au profit de l'examen de l'objet et de la cause de l'ensemble contractuel¹⁹, c'est-à-dire l'objectif principal de cette construction contractuelle complexe. Du côté de Carrefour, pôle intégrateur, la cause impulsive et déterminante est relativement claire: planifier son activité de distribution mais en prenant en compte une donnée nouvelle, l'ajout à sa clientèle traditionnelle d'hypermarchés et de super marchés, le marché de la distribution générale de proximité. Depuis sa fusion avec Promodès, Carrefour exploite tous les formats de distribution à dominante alimentaire à travers de nombreuses enseignes. Les réseaux de distribution apportent aux adhérents la même «efficacité logistique «organisationnelle» que les hypermarchés et supermarchés qui, associée à la qualité du service, «confère une place prépondérante au niveau de la vie locale»²⁰. En ce qui concerne les distributeurs, les choses sont plus complexes. ceux-ci recherchent, semble-t-il, le statut de commerçant indépendant mais se placent sous la dépendance de l'entreprise titulaire d'une enseigne, d'un savoir-faire et d'une logistique leur permettant d'entrevoir le succès.

- Objectivement, l'analyse de ces situations doit se faire non contrat par contrat pris isolément mais en se saisissant du réseau en son entier. Ce qui intéresse l'entreprise intégratrice, c'est une forme souple et économique de concentration et de planification de son activité. Un contrat isolé n'a aucun intérêt pour elle; seul le réseau normalisateur du comportement des franchisés et créant les liens durables (dépendance, coopération, coordination) peut servir cette volonté planificatrice.

Le législateur, infirmant l'image fausse trop souvent véhiculée d'un secteur d'activité morcelé, a déjà pris acte il y a longtemps de l'intégration contractuelle, notamment dans l'agriculture avec la

¹⁶ Sous les enseignes Shopi et Marché Plus entre 95 et 99% des franchisés sont dotés de ce logiciel.

¹⁷ G.J. Martin, La notion de fusion, *RTD Com.*1978, p. 269.

¹⁸ G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, Tome 2, Sirey, 1962, n° 192; F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 17: «Au fond un contrat, c'est généralement la transposition d'une opération envisagée».

¹⁹ L. Boy, note sous Civ. 1ère, 14 juin 1978, *D.* 1978, p. ; GJ. Martin, op. cit.,

²⁰ Point 4 de la décision.

loi du 6 juillet 1964²¹. La jurisprudence a elle aussi été amenée à plusieurs reprises à reconnaître les situations d'intégration contractuelle dans le secteur de la distribution. Il s'agissait, certes de résoudre des questions relatives aux relations inter-individuelles entre intégrateur et intégré mais, cette dernière a fait preuve de réalisme en reconnaissant la situation de dépendance du distributeur dans une situation parfois même proche de celle d'un salarié²². La reconnaissance d'une telle subordination économique passe ainsi par l'examen de la situation contractuelle globale entre les parties et une analyse substantielle de la cause des différents contrats qui aille au-delà de leur caractère épars²³. La cour de cassation n'a pas hésité à reconnaître le double statut de certains «commerçants»²⁴, indépendants au regard de leur clientèle, salarié à l'égard de leur employeur, le pôle intégrateur étant soumis en tant que tel à certaines dispositions du Code du travail²⁵. C'est d'ailleurs en matière de franchise que le statut de salarié est le plus souvent étendu sous le bénéfice de l'article L 781-1 du Code du travail et c'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles les grandes entreprises obligent souvent le candidat à l'intégration à la franchise à recourir à la forme sociale.

- Face à ces situations, il est difficile de s'expliquer la solution retenue par l'Autorité de la concurrence dans sa décision du mars 2010. Elle s'en tient à une analyse purement formelle en mettant en avant «l'absence d'homogénéité de la position des franchisés au sein du réseau de Carrefour». Plus grave, nous semble-t-il. Elle estime que l'on ne peut dégager d'état de dépendance des franchisés ni de «la relation bilatérale entre deux opérateurs économiques», ni, «plus largement, dans les relations entre un fournisseur et son réseau de distribution», à défaut d'un «groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés, à l'égard de ce fournisseur, dans la même position économique et juridique» (souligné par nous pour montrer l'importance de l'analyse formelle menée par cette autorité)²⁶. C'est oublier le caractère structurant du droit. S'il est vrai que souvent le droit se contente de mettre en forme une situation économique et/ou sociale (la vente traduit l'échange économique marchand, le mariage consacre la liaison de deux êtres de sexes opposés), il serait faux d'en faire un simple reflet de l'économie. Il y a presque 20 ans, analysant le droit communautaire et l'office du juge national, Monsieur G. Canivet observait judicieusement que «le droit communautaire trouve son originalité dans les objectifs économiques qu'il vise, en même temps qu'il met en œuvre un ensemble normatif où se mêlent les facteurs économiques et les règles de droit»²⁷. On peut sans doute en dire autant du droit économique en général et de son noyau dur en particulier: le droit de la concurrence. Ce droit où se mêlent faits économiques et règles de droit repose sur l'analyse substantielle dégagée par Cl. Champaud et G. Farjat. Ce dernier a toujours insisté sur le fait que l'analyse et la recherche de la substance économique des rapports juridiques devait se conclure par un «retour» au droit afin de proposer, lorsqu'il le fallait de nouvelles qualifications, de nouvelles catégories juridiques. L'intégration contractuelle en est une. Sans se confondre totalement avec le salariat (l'intégré est généralement propriétaire de ses moyens de production), il en présente des aspects. Cette analyse de la relation

²¹ J. Danet et G. Durand, Politique des contrats en agriculture, Centre de recherche politique, Université de Nantes, Faculté de droit et des sciences politiques, Vol. 7, 1977, G.J. Martin, *RTD Civ.* précité.

²² Dans notre décision, même cette analyse individuelle de dépendance est niée par l'autorité de la concurrence. Sur le statut social de certains revendeurs assistés: Lamy Droit économique, Wolters Kluwer, n° 4406 et s. ; E. Schaeffer, Le pompiste en station-service partagé, *JCP G.* 1972, I, n° 2503.

²³ Le législateur de 1964 a précisément prévu l'hypothèse où l'intégration agricole ne résulte pas d'un contrat mais de plusieurs conventions séparées avec des entreprises formellement indépendantes mais conventions qui, réunies les unes aux autres, conduisent à mettre en lumière l'exclusivité des relations contractuelles et le phénomène d'intégration. R. Malzieux, L'économie contractuelle en agriculture, *Gaz. Palais* 1964, 2, p. 72.

²⁴ Cass. soc. 10 juillet 1990, n° 86-43 110; soc. 8 fév. 2005, *D.* 2005, p. 516

²⁵ La loi du 21 mars 1941, dite *Loi Hachette*, art. L. 871-1, al. 2, recod C. trav., art. 7321-2, a étendu le statut de salarié à certains revendeurs exclusifs ou quasi exclusifs (locataires-gérants de stations services ou franchisés (C.A. Montpellier, soc. 6 janvier 1999, *D.* 2001, p. 296, obs. D. Ferrier.

²⁶ Point 166.

²⁷ *op. cit.*, p. 150.

interindividuelle doit être généralisée à l'ensemble des relations contractuelles dès lors que le contrat s'inscrit dans le cadre d'une politique générale des entreprises. Il est ainsi du réseau de franchisés monté par Carrefour. L'analyse substantielle commande donc que l'on dépasse le cadre des contrats d'«approvisionnement» mentionnés pour se saisir de l'ensemble tout entier. Seule cette démarche était logique en l'espèce dans la mesure où la question soumise à l'Autorité n'était pas soulevée par le SEFAG dans le cadre d'un conflit interindividuel de dépendance économique, qui d'ailleurs aurait relevé de la connaissance des tribunaux judiciaires (article L 442-6, 2°C. com.), mais dans celui beaucoup plus général d'atteinte à la concurrence en vertu de l'article L 420-2 du Code de commerce.

II. Abus de dépendance économique et atteinte à la concurrence

Le droit de la concurrence repose sur un certain nombre de principes économico-juridiques qui permettent de réguler, voire construire la concurrence²⁸ (autorités sectorielles de concurrence). Si l'objectif général est d'assurer une concurrence praticable²⁹, d'autres principes permettent aux autorités de faire évoluer le champ d'exercice des cet objectif (la définition des marchés pertinents, la prise en compte ou non des réseaux) ou encore les qualifications des pratiques litigieuses (l'abus de position dominante s'est enrichi de la théorie des facilités essentielles). L'abus de dépendance économique fait l'objet depuis longtemps de discussions tant en Europe qu'en France en ce qui concerne aussi bien la question de savoir s'il relève des objectifs du Droit de la concurrence que celle de la définition de ses éléments constitutifs.

Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces questions, la réponse de l'Autorité de la concurrence est plus que décevante et ne peut que laisser perplexe. Alors qu'il était incontestable que l'abus relevé à l'encontre de Carrefour avait un effet anticoncurrentiel affectant le marché pertinent tout entier, faute d'avoir retenu l'abus dans un premier temps, l'Autorité se retrouve dans la position confortable apparemment mais hypocrite, nous semble-t-il, ne pas avoir à répondre à cette question qui a toujours embarrassé le Conseil. Par son silence, elle fait cependant apparaître en négatif son inconfort et sa position contradictoire à l'égard de la question de la concentration dans le secteur de la grande distribution. Il semble difficile, en effet, de ne pas retenir l'abus de dépendance économique qui témoigne incontestablement d'une perte d'autonomie de gestion de la part des franchisés tout en admettant que les mêmes faits puissent être appréhendés sous l'angle des ententes que du contrôle des opérations de concentration.

A. Les hésitations sur la place de la dépendance économique (Grand et/ou petit droit de la concurrence).

A. La place actuelle.

On sait que la doctrine française, la pratique décisionnelle et judiciaire ont souvent été hésitantes à admettre que des abus de dépendance économique puisse avoir un effet réellement anticoncurrentiel – il s'agirait d'une simple question de déséquilibre éventuel du contrat à régler sur le terrain des relations interindividuel -, ce dont « Le » Droit de la concurrence n'aurait pas à se préoccuper³⁰. Il faut se souvenir de 1986 où la plus grande surprise est venue pour la doctrine de la consécration de l'abus de dépendance économique au moment où triomphait le libéralisme. Les autorités concurrentielles ne seraient en charge que de l'ordre public concurrentiel, jamais des questions d'équilibre contractuel. Après avoir souligné l'immixtion du « tentaculaire droit de la concurrence »

²⁸ M-A. Frison-Roche, La régulation, *D* 2001, n° 7,chr. p. 610 ; Pour une conception de la régulation de la concurrence plus large que la seule ouverture des marchés : L. Boy, *Réflexions sur le droit de la régulation*, *D* 2001, 3031.

²⁹ F. Riem, *Concurrence effective ou concurrence effective ?*, *RIDE* 2008, n° 1, p. 67.

³⁰ L et J. Vogel, *Doit de la distribution automobile*, 1996, p. 3 : « L'objectif de la libre concurrence est d'efficacité est souvent sacrifié à la volonté de protection de la partie la plus faible... ».

dans le droit des contrats³¹, la doctrine, faisant le constat inverse à propos notamment du règlement communautaire relatif à la distribution automobile du 28 juin 1995, s'interrogeait sur la légitimité de ce que l'on peut appeler un mélange des genres estimant qu'il n'appartient pas au droit de la concurrence « d'octroyer un statut aux distributeurs »³². Ce nouvel « enfant terrible »³³ du droit de la concurrence est ainsi apparu comme révolutionnaire aux premiers commentateurs du fait de sa double dimension contractuelle et concurrentielle et de sa double ambition : limiter la toute puissance économique de certains producteurs et/ou distributeurs³⁴. Peut-être faut-il voir dans cette double fonction le fait que la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a fractionné l'abus de dépendance économique en deux « ensembles normatifs, l'un toujours rattaché aux pratiques anticoncurrentielles (art. L420-2 c. com.), l'autre nouvellement inclus dans le droit des pratiques restrictives, plus précisément dans ce monument qu'est devenu l'art L 442-6 C. com) »³⁵.

C'est donc dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles que les pratiques reprochées à Carrefour ont été examinées ici, l'idée étant que la logique concurrentielle et la logique contractuelle sont dialectiquement liées au point que l'on peut soutenir que « l'équilibre des obligations échangées dans le cadre de certains contrats ne peut pas être sans effet sur l'intensité de la concurrence existant sur un marché »³⁶. La protection des concurrents est parfois aussi sur certains marchés et dans certaines conditions, protection de « La » concurrence, « laquelle n'est pas une réalité désincarnée »³⁷.

Le rapporteur avait décliné l'abus de dépendance économique reproché à Carrefour en trois griefs tous situés sur le marché de la franchise du commerce de détail : l'entrave à la sortie du réseau, l'atteinte disproportionnée à la liberté d'approvisionnement et à la liberté commerciale des franchisés, notamment à la liberté des prix. L'autorité répond à ces griefs en les regroupant en deux points : l'entrave à la sortie du réseau et l'entrave à la liberté commerciale en acceptant d'emblée mais implicitement l'effet anticoncurrentiel sur le marché. Elle accepte donc de se placer sur le terrain de l'article L. 420-2 du Code de commerce, considérant que le contrat est au cœur du processus concurrentiel³⁸. Concept central de l'économie de marché, le contrat est un des ressorts

³¹ J. Mestre, RTD Civ. 1987, p. 307.

³² L. Vogel, *Contrats-concur.consom.* 1995, comm. 132 ; L. Idot, *Europe*, Juris.cl. 8-9/1995, p. 22 ; J.B. Blaise et L. Idot, *RTD. Europ.* 1996, p. 615.

³³ A. Pirovano, Droit de la concurrence et progrès social, *D.* 2002, chr. P. 62.

³⁴ M. Pédamon, La protection de la libre concurrence en République fédérale d'Allemagne, *JCP E* 1984, II, 14310.

³⁵ A. Pirovano, op. cit. p. 63.

³⁶ J.L. Lesquins, L'ordonnance de 1986, la concurrence et la loyauté, *Rev. Concur.-consomm.* Mai/juin 1995, p. 59.

³⁷ A. Pirovano, Logique concurrentielle et logique contractuelle, A propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles, in *Les transformations de la régulation juridique* (Dir. G.J. Martin), LGDJ, 1998, p. 295.

³⁸ On doit à cet égard noter, mais la question mériterait d'amples développements, que le contentieux en droit de la concurrence est le plus souvent mi-objectif et mi-subjectif. Cf. Poésy AJDA 2009 : « en veillant au respect du jeu de la concurrence sur un marché, l'Autorité de la concurrence va, par ricochet, répondre aux prétentions des parties au litige. En effet, comme le Conseil de la concurrence auparavant, lorsqu'elle sanctionnera une entente, un abus de position dominante, de dépendance économique, ou de prix abusivement bas, ou lorsqu'elle prononcera des injonctions de modification des stipulations d'un contrat de franchisage par exemple, elle prendra la mesure qu'elle estimera la plus adéquate pour rétablir le jeu normal de la concurrence. Mais cette mesure va également répondre à la prétention de la partie qui a saisi l'Autorité de la concurrence, puisqu'elle a agi pour faire cesser une pratique anticoncurrentielle qui lui portait préjudice. Cette prétention ne peut néanmoins être satisfaite que de manière indirecte car l'Autorité de la concurrence n'interviendra que pour autant que le jeu de la concurrence soit altéré et de manière incomplète car elle est incompétente pour prononcer des réparations civiles ou la nullité des conventions ». L. Boy, Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économique, in *Changement social et droit négocié*, A. Pirovano (dir.), Economica 1998, p. 15 ets..

majeurs de la concurrence et peut relever, à ce titre, du Grand droit de la concurrence³⁹.

B. la décision de l'Autorité.

Sur ce terrain la décision de l'Autorité de la concurrence ne peut que surprendre. Elle refuse d'admettre tant les pratiques visant à dissuader les franchisés de sortir du réseau Carrefour que celles visant à restreindre la liberté commerciale des franchisés, pratiques pourtant évidentes et dont les effets sont démontrés par l'examen des dites pratiques. Cette décision nous paraît d'autant plus surprenante que Carrefour avait pris la peine de faire appel à un véritable arsenal juridique visant stratégiquement à dissuader les franchisés de saisir les tribunaux judiciaires sur la base de l'article L 442-6 C. Com. Les contrats incluait systématiquement des clauses compromissaires destinées à utiliser la procédure d'arbitrage comme moyen de contrainte et d'évitement de la justice étatique et des dispositions d'ordre public de protection. On sait qu'une procédure d'arbitrage « moyenne » coûte environ de 35 000 à 50 000 euros⁴⁰. Il faut comprendre que pour de petites structures, les simples coûts liés à ces procédures privées sont extrêmement importants, lesdites procédures se révélant de ce fait très dissuasives. Pour une affaire portée devant l'Autorité de la concurrence avec les résultats décevants que l'on voit ici, il serait intéressant de connaître le nombre de décisions arbitrales qui ont été et sont rendues et qui, un nom de la liberté contractuelle et de la présomption de compétence en matière arbitrale⁴¹, livrent le petit commerce à la toute puissance des pouvoirs privés économiques de la distribution.

Les hommages généralement rendus à cette justice privée⁴² sont presque inconvenants tant les situations sont déséquilibrées et les solutions scandaleuses du point de vue de la justice contractuelle. L'idée même de dépendance économique est contradictoire avec le recours à l'arbitrage, lequel devrait être contrôlé comme il est en certaines matières, notamment en droit de la consommation. Il est quand même ahurissant que le législateur qui a compris les dangers de mesures de rétorsion de la part des partenaires puissants à l'égard de partenaires qui oseraient agir en justice contre eux sur le terrain de l'action en responsabilité (art. L 442-6), n'ait pas vu que les dangers du recours à une justice privée étaient encore pires. Jugée aberrante par certains⁴³, la réforme de ce dernier texte a néanmoins amélioré sensiblement l'effectivité du droit de la concurrence en confiant à certaines autorités publiques (Ministère Public, Ministre en charge de l'économie, Président du Conseil) le soin d'agir à la place des acteurs, à commencer par les victimes « paralysées par la crainte de mesures de rétorsion qui fleurissent dans le secteur »⁴⁴. Au nom de l'effectivité des libertés économiques, leur défense est pourtant parfois mieux assurée non seulement par les titulaires eux-mêmes qui invoquent leur droit à la concurrence ou à l'accès au marché mais aussi par des autorités publiques, sans compter la faculté d'auto-saisine des autorités de concurrence⁴⁵.

C. Le recours à l'analyse substantielle.

On peut espérer qu'à l'avenir l'Autorité de la concurrence saura procéduralement et sur le fond du droit faire une analyse plus substantielle de ces situations d'abus de dépendance économique ainsi que des clauses apparemment les plus usuelles ou anodines comme les clauses d'assistance technique. Plus que les clauses classiques visant le transfert de propriété attaché à tout contrat de

³⁹ F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002, p. 37 ; M. Glais et P. Laurent, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 12.

⁴⁰ Point 47 de la décision.

⁴¹ E. Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international ? *Académie de Droit International*, éd. Martinus Nijhoff Collection, 2008.

⁴² Lyne Boinat, Contrats Internationaux et Imprévision en Arbitrage Commercial International. Internet.

⁴³ A. Decocq et M. Pédamon, *Droit de la concurrence*

⁴⁴ V. Sélinsky, Nouvelles régulations, Comment améliorer l'effectivité du droit de la concurrence, *Lamy droit éco.*, Bull. Actualité, avril 2000, p. 1 ; E. Claudel, *RTD Com.* 2000, p. 893.

⁴⁵ L. Boy et P. Reis, in *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier 2009, p. 288. Pour une application récente de ce texte : CA Nîmes 25 février 2010, Blog Lexcellis-avocats.fr, 5 avril 2010.

vente *via* les contrats d'approvisionnement successifs (les obligations réciproques des parties) qui prennent place dans le cadre des contrats, ce sont les clauses apparemment les plus techniques mais mises en perspective les unes avec les autres qui livrent la clé de compréhension de la subordination et de la dépendance des franchisés. En effet, l'analyse substantielle de l'« ensemble contractuel » dont l'objet économique est la constitution et le verrouillage du réseau, aurait dû conduire l'Autorité à dépasser les situations individuelles qui, bien que relevant formellement de 7 régimes contractuels différents (point 166), répondaient toutes à une seule et même logique : la dépendance économique grâce à l'outil structurant du contrat⁴⁶.

Les clauses organisent la dépendance de sorte que la sortie du réseau soit rendue quasiment impossible et que, lorsqu'exceptionnellement, elle l'est, la survie de l'entreprise soit pratiquement « irrémédiablement compromise ». Sur ces deux points l'analyse de l'Autorité de la concurrence est très superficielle et purement de l'ordre de la modélisation. Le recours à des analyses économiques est souvent décevant, spécialement lorsqu'il repose sur des modèles théoriques du genre de ceux qui sont à la base de la théorie générale des marchés contestables ou de la notion tout aussi général et abstraite de « solution équivalente ». On évoquera en ce sens la décision du Conseil (89-D-16 Chaptal) du 2 mai 1989⁴⁷ estimant que le concessionnaire automobile avait la possibilité de passer dans un autre réseau ou de trouver d'autres solutions de reconversion sans le démontrer concrètement. Un raisonnement au cas par cas doit être mené car s'il existe des telles possibilités théoriques, il faut tenir compte dans chaque hypothèse, ce que ne permet pas la modélisation aussi sophistiquée soit elle, des possibilités concrètes et pratiques de ces « sorties » (coûts d'entrées, existence de nombreux réseaux d'exclusivité ou de quasi-exclusivité similaires, actifs y compris immatériels spécifiques).

S'agissant dans l'affaire Carrefour, de rendre impossible ou presque la sortie du réseau, le franchiseur organise un enchaînement du franchisé par divers contrats qui, jumelés avec des modalités d'approvisionnement quasi exclusif, coupe définitivement du marché ce dernier qui se retrouve juridiquement commerçant indépendant mais dépendant d'un seul unique client (Carrefour) ou presque. La durée des contrats, généralement de 9 ans, est déterminante, surtout, comme c'est le cas en l'espèce, si les différents contrats sur lesquels s'appuie la franchise n'ont pas le même point de départ. La subtilité d'une des formules proposées au candidat à la franchise résidait précisément dans le fait que le contrat d'approvisionnement exclusif durait encore un mois après la fin du contrat. C'est dire que après avoir perdu sa licence d'enseigne, les franchisés se voyaient contraints d'acheter l'équivalent d'un mois de marchandises. Ici encore, seule la prise en compte de la situation concrète démontre aisément l'enchaînement auquel était contraint le commerçant et/ou son impossible sortie du réseau face à des frais qui viendraient s'ajouter aux frais de réinstallation auprès d'une nouvelle enseigne. En effet, dans de petits et moyens commerces portant sur une multitude de produits, le coût d'un réassort pour une période d'un mois se révèle extraordinairement élevé alors que le franchisé ne peut plus écouler sa marchandise. Cette clause a paru si inique d'ailleurs que la société Carrefour a accepté elle-même pendant le cours de la procédure de la modifier pour faire coïncider les dates des deux contrats. D'autres clauses apparemment de pure gestion technique démontraient aussi le grief de restriction à la liberté commerciale des franchisés. Ici encore, il importe d'analyser les diverses clauses, non de façon séparée, mais comme formant un tout. Carrefour faisait souscrire des clauses d'approvisionnement prioritaire et/ou d'approvisionnement minimum avec des sociétés, filiales à 100%, doublées, en outre, de remises de fidélité. De ce jeu complexe de clauses, résultait une très forte incitation à

⁴⁶ G. Canivet, op. cit., p. 153 : « d'autres notions peuvent servir à qualifier la pratique litigieuse. C'est par exemple la domination économique ou la concentration »... Les facteurs économiques « donnent au juge le pouvoir de subordonner l'application de la loi à sa propre analyse économique. L'acte juridictionnel ne se cantonne pas seulement à l'application d'une règle à des faits objectivement constatés, il s'enrichit de l'appréciation de données économiques complexes et de leurs effets ».

⁴⁷ Rec. Lamy 361, note Robin.

appliquer les prix conseillés (point 94), les franchisés étant pratiquement privés de liberté tarifaire du fait qu'en plus, le franchisé « acceptait » d'être connecté au système informatique de Carrefour qui lui fournissait le logiciel de gestion (METI). Quand on connaît les difficultés concrètes de gérer le système de prix de ce genre de commerce (une multitude de produits : 5000 selon un franchisé), on comprend que l'immense majorité⁴⁸ ait choisi cette gestion informatique, censée les aider mais se substituant à leur propre gestion.

Une fois encore, la véritable analyse *in concreto* (point 165) devait se mener non comme le fait l'Autorité qui pense faire de l'analyse concrète en la confondant avec une analyse formelle de chaque contrat séparément mais en prenant en compte, derrière les différences formelles des contrats (avec un entrepreneur individuel avec un société, avec telle clause d'approvisionnement ou telle autre, etc.), la substance profonde et unitaire de la relation contractuelle résultant des réseaux : une situation d'intégration et de subordination économique.

Ce qui est sans doute le plus étonnant, c'est que beaucoup de ces clauses prises à titre isolé, ont déjà été considérées par le législateur et la pratique décisionnelle ou jurisprudentielle comme établissant la dépendance ou la subordination (art. L420-2, al 2). On pense naturellement au fameux « pompiste en station partagé » pour lequel la jurisprudence par une analyse réaliste a reconnu que le prix recommandé était imposé, que l'exclusivité existait à l'intérieur du groupe. On pense aussi à la jurisprudence reconnaissant l'immixtion dans la gestion des franchisés par la confiscation du pouvoir de gestion *via* un système informatique aux mains du franchiseur⁴⁹, ou à celle reconnaissant que l'absence de solution alternative peut résulter notamment de la durée des relations, de la faiblesse des marges des revendeurs. Dans l'affaire Carrefour, alors que l'on avait un cumul de toutes ces pratiques, sous prétexte de 7 régimes distincts, l'Autorité se refuse à voir des situations de dépendance. N'hésitant pas à se contredire, elle écrit : « la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait... résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau (point 164 que l'on ne peut qu'approuver) pour poursuivre ainsi : « l'état de dépendance économique s'apprécie *in concreto*, soit dans la relation bilatérale... soit dans les relations entre un fournisseur et son réseau...aux caractéristiques suffisamment homogènes (même position économique et juridique » (point 165).

Si l'Autorité de concurrence se contredit, c'est que la réalité est contradictoire. La jurisprudence nous a habitué à reconnaître de telles situations complexes (application de la loi de 1941). C'est le propre de la dépendance économique que de balancer entre indépendance des membres du groupe et dépendance économique selon des dosages variés qui interdisent une réponse uniforme. On avait ici l'exemple type d'une très forte dépendance, Carrefour n'hésitant pas à proposer à ceux qui voulaient sortir du réseau un nouvel engagement dans une société à créer et sur laquelle Carrefour, bien qu'actionnaire minoritaire, avait le droit de vie ou de mort par son droit d'agrément et de préemption.

C'est sans doute aussi cet inconfort que l'on ressent à l'analyse des effets macro-économiques des réseaux sur le terrain de l'article L420-2 du Code de commerce.

III. Un raisonnement contradictoire en l'espèce sur une réalité complexe.

On ne peut que ressentir un malaise si l'on raisonne formellement sur l'abus de dépendance économique tel qu'il résulte de l'article L 420-2, al. 2 du Code de commerce. En effet, alors que, selon l'Autorité l'état de dépendance s'apprécie *in concreto* dans la relation bilatérale ou dans les relations dont les membres sont placés dans la même position économique et juridique, il faut démontrer que la pratique « est susceptible d'affecter de fonctionnement ou la structure du marché »

⁴⁸ Pour deux enseignes sur trois, 95 à 99% des franchisés avaient opté pour la gestion assistée avec METI.

⁴⁹ Cass. Com. 16 décembre 1997, Bull. civ. IV, n° 337.

et donc envisager la situation du point de vue macro-économique. Exercice délicat, on en conviendra, surtout lorsqu'il faut expliquer cela à des étudiants. Même si on l'admet que « consentir n'est pas vouloir »⁵⁰, il est *a priori* difficile de leur faire admettre qu'une seule et même pratique puisse à la fois constituer un abus de dépendance économique et une entente à laquelle on consent librement. Pourtant « l'affaire des cuves » témoigne de la richesse de l'analyse substantielle.

Il nous semble à cet égard que le moyen de se sortir de cette difficulté est de mener l'analyse du « contrat économique » à l'origine du réseau. Celle-ci doit se mener en trois temps : d'abord par l'examen de l'objet des obligations réciproques des parties, puis par l'étude de l'objet de « l'ensemble contractuel » tout entier qui réside dans la volonté concentrationniste et organisatrice de la firme (Carrefour) laquelle entend bien planifier ses relations sur le long terme, en « tenant » ses franchisés par le meilleur lien qui soit : le contrat⁵¹. Enfin, au-delà de chaque ensemble contractuel pris isolément, il faut faire apparaître le réseau tout entier⁵².

C'est d'ailleurs cette analyse qu'ont menée le Conseil et la Cour de cassation dans la fameuse affaire des cuves. On se souvient que sous l'angle du droit des contrats (prêt à commodat), les pompistes ont été déboutés de leur demande alors que sous l'angle des ententes la clause de restitution des cuves en nature a été considérée comme nulle du fait de l'entrave à la concurrence qui en résultait⁵³. Comme le relève D. Mainguy surpris par la décision du 5 mars 2010 comparée à l'auto saisine de l'Autorité de la concurrence sur la relation d'affiliation dans la grande distribution⁵⁴, « on attend quelques éléments de réponse sur les questions envisagées de manière globale et d'un point de vue concurrentiel, et notamment sur le jeu de ces fameuses clauses de préférence, de promesse ou de préemption, l'ensemble créant un effet (souligné par nous) qui ressemble fichtrement à celui de l'affaire des cuves »⁵⁵. L'objet de la saisine ressemble étrangement à une réponse qui aurait pu être apportée à la question soulevée par l'affaire Carrefour⁵⁶. On lit en effet : « *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... »*

⁵⁰ M-A Frison- Roche, Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats, *RTD civil*, 1995, p. 573 s.

⁵¹ Loysel : On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles.

⁵² G. Teubner analyse ainsi le réseau-institution (les groupes de sociétés) et le réseau-organisation que l'on peut identifier dans les réseaux de distribution et les diverses formes d'intégration contractuelles. *Droit et réflexivité*, Kleuver, Leuven, 2005.

⁵³ Cass. Com. 18 fév. 1992, *RJDA* mai 1992, n° 474 ; 8 juin 1999, *RJDA* août 1993, n° 688.

⁵⁴ Décision (ADLC, 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.

⁵⁵ Blog du vendredi 5 mars 2010 [<http://www.lexcellis-avocats.fr/20-index.html>] (dernière consult. 6/04/2010).

⁵⁶ Cela rend d'autant plus étrange la décision de l'Autorité.

Poursuivant, en outre dans sa réflexion sur la nécessaire prise en compte de la situation globale, D Mainguy ne peut résister à mener une comparaison avec les lignes directrices tout récemment publiées par l'Autorité de concurrence elle-même en ce qui concerne le droit des concentrations⁵⁷. Ici encore, analysant le concept d'influence déterminante au cœur du droit des concentrations, le point 586 des lignes directrices, considérant que les contrats de distribution sont susceptibles, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait (souligné par nous), de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents, précise qu'à cette fin, « *l'Autorité examine toutes les clauses qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent tant dans la conduite de sa politique commerciale... que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine si elles sont suffisantes pour conférer à la 'tête de réseau' une influence déterminante sur l'entreprise de son 'adhérent' »*⁵⁸. Il faut bien admettre que si l'influence déterminante permettra dans certains cas de requalifier les diverses opérations constitutives du réseau en une opération de concentration, c'est bien que les franchisés sont totalement dépendants de l' « entreprise-mère » sous l'influence de laquelle ils sont placés.

Cette saisine pour avis comme les lignes directrice rendent d'autant plus choquante la décision de l'Autorité du 3 mars 2010 que celle-ci apparaît en totale contradiction avec les pistes qui y sont menées, même si c'est sous forme interrogative. On veut bien admettre que les autorités de concurrence doivent offrir une grande sécurité juridique aux entreprises, on veut bien admettre qu'elles entendent mener une action pédagogique avant de sanctionner éventuellement les entreprises, on veut bien admettre encore qu'elles doivent avant tout veiller à la préservation de La Concurrence, reste que cette décision est choquante. Juridiquement elle démontre une fois encore l'inanité qu'il y a à vouloir établir une séparation étanche entre ce qui serait le grand droit et le petit droit de la concurrence. Ce serait « oublier que la logique concurrentielle ne peut, notamment dans les domaines où les conflits sont d'une particulière acuité, s'abstraire des exigences de l'équité contractuelle ». Économiquement, à défaut du maintien de franchisés dotés d'une protection minimale, la concentration achèvera sa marche inexorable sans que l'on puisse ici faire jouer le concept d'entreprise défaillante. Au fond, plusieurs petites faillites ne constituent sans doute pas une question intéressant le Grand Droit de la concurrence alors que leurs effets économiques et sociaux sont sans doute aussi importants que ceux d'une importante défaillance d'entreprise.

Laurence Boy

Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis

CREDECO/GREDEG UMR 6267 CNRS

⁵⁷ Mainguy, blog du 16 janvier 2010.

⁵⁸ La même analyse de la recherche de l'influence déterminante est proposée dans les hypothèses où la tête de réseau est minoritaire dans la société de son adhérent lorsque l'opération s'accompagne non seulement d'une minorité de blocage mais de clause des statuts empêchant de facto l'adhérent de sortir » (Sic). Point 589.