

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 28 septembre 2022

Décision du 14 octobre 2022

Aux Tables du Recueil

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle MERLOZ, Rapporteuse publique

1. Cette affaire nous transporte en périphérie de Troyes (Aube) où sont implantés quatre hypermarchés : deux sous l’enseigne Carrefour, situés à la Chapelle-Saint-Luc et Saint-André-les-Vergers à l’ouest et au sud de Troyes, un sous l’enseigne E. Leclerc, situé à l’est dans la commune de Saint-Parres-aux-Tertres et exploité par la société SIPAN, détenue majoritairement par M. H..., et un sous l’enseigne Géant Casino, situé à Barberey-Saint-Sulpice au nord-ouest de l’agglomération.

Ce dernier est la cible de l’opération de concentration litigieuse. M. H... s’est porté acquéreur afin de l’exploiter, comme l’hypermarché de Saint-Parres-aux-Tertres, sous enseigne E. Leclerc. Il a agi par l’intermédiaire de la société Soditroy, créée pour les besoins de l’opération et adhérente de l’association des centres distributeurs E. Leclerc (ACDLec), organe central du « mouvement Leclerc ». Cette opération a été formalisée par une promesse d’achat du fonds de commerce signée le 3 juin 2019 entre, d’une part, la société Distribution Casino France, qui exploite l’hypermarché, et la société Floreal, qui exploite la station-service située sur son parking, et, d’autre part, la société Scapinvest, à laquelle s’est substituée la société Soditroy.

Par une décision n° 20-DCC-116 du 28 août 2022, l’Autorité de la concurrence, saisie par la société Soditroy, a interdit cette opération après un examen dit approfondi prévu au III de l’article L. 430-5 et à l’article L. 430-6 du code de commerce. Analysant cette opération comme une prise de contrôle conjoint de l’hypermarché Géant Casino par la société Soditroy et l’ACDLec, elle a identifié un risque d’atteinte significative à la concurrence par le biais d’effets coordonnés sur le marché de distribution au détail de produits à dominante alimentaire entre les deux acteurs du duopole résultant de l’opération (E. Leclerc et Carrefour), dès lors que la création d’une position dominante collective augmente les incitations et capacités des parties à maintenir un équilibre collusif sur ce marché. Elle a également identifié des risques d’effets unilatéraux de

hausse des prix dans l'actuel hypermarché exploité sous l'enseigne E. Leclerc mais aussi dans le magasin cible. Elle a enfin estimé que les risques concurrentiels induits par cette opération n'étaient pas compensés par les gains d'efficacité économique escomptés, ni écartés par les engagements présentés par les parties consistant seulement à réduire la surface de vente du Géant Casino de 8 210 m² à 6 000 m², et qu'il n'existait pas de remèdes adaptés.

Vous êtes saisis d'un double recours pour excès de pouvoir¹ contre cette décision, d'une part, par la société Soditroy et l'ACDLec, acquéreurs et parties notifiantes² (pourvoi n° 445680), et d'autre part, par les sociétés Distribution Casino France et Floreal, sociétés cibles et parties à l'opération (pourvoi n° 446974). Vous pourrez joindre ces deux requêtes dirigées contre la même décision et qui se recoupent largement.

2. La société Soditroy et l'ACDLec soutiennent tout d'abord que l'opération envisagée n'entre pas dans le champ du contrôle des concentrations économiques.

Aux termes du 2° du I de l'article L. 430-1 du code de commerce, une opération de concentration est réalisée « *lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, (...) le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises* ». Le III de ce même article précise cette notion de contrôle : « *le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise (...)* ».

Conformément au mode d'emploi dégagé par votre décision de Section du 31 janvier 2007, *Société France Antilles* (n° 294896, au Rec.), le caractère déterminant de l'influence exercée par l'acquéreur sur la société cible est apprécié à partir d'un faisceau d'indices, au nombre desquels figurent notamment les caractéristiques du montage juridique et financier retenu et le pouvoir réel de désignation et de révocation des membres des organes dirigeants de l'entreprise achetée. Rappelons que vous exercez un contrôle normal sur cette notion, comme sur l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence aux différentes étapes de son analyse d'une opération de concentration (voyez notamment, s'agissant de l'existence d'une concentration : CE, Sect., 31 mai 2000, *Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon*, n°s 213161, 213352, au Rec. ; s'agissant de la délimitation des marchés pertinents, de l'appréciation des effets anti-concurrentiels et de la contribution suffisante au progrès économique et social : CE, Section, 9 avril 1999, *Société The Coca-Cola Company*, n° 201853, au Rec. sur un autre point ; s'agissant de l'existence d'une position

¹ CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347 ea, au Rec.

² Formellement, seule la société Soditroy a adressé le dossier de notification à l'Autorité de la concurrence.

dominante collective : CE, 31 juillet 2009, *Société Fiducial Audit*, n° 305903, au Rec. sur un autre point ; jurisprudence confirmée par : CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347 ea, au Rec. sur un autre point).

Cette question liminaire suppose de s'intéresser à l'organisation particulière du « mouvement Leclerc » et, plus précisément, à la nature réelle des rapports existant entre l'ACDLec et ses adhérents, tels que M. H... à la tête de la société Soditroy. Ce n'est pas la première fois que vous y êtes confrontés mais vous n'avez jusqu'alors pas eu à y répondre (CE, 9 avril 2014, *Association des centres distributeurs E. Leclerc*, n° 364192, aux T. jugeant irrecevable la requête).

Pour bien comprendre le rôle central et très spécifique joué par l'ACDLec, rappelons au préalable que cette association, constituée de personnes physiques qui sont obligatoirement propriétaires de centres distributeurs Leclerc, est chargée d'attribuer aux adhérents le droit d'utiliser les marques Leclerc (qui suppose d'être parrainé, d'obtenir une autorisation d'enseigne, puis d'être agréé et titulaire d'un contrat dit « de panonceau »), de déterminer les orientations stratégiques du « mouvement Leclerc » et de veiller au respect par les adhérents et affiliés de la politique d'enseigne et des valeurs fondamentales structurant le mouvement, rappelées notamment dans la « charte de l'adhérent ». L'adhésion à l'ACDLec emporte également adhésion à une centrale d'achats et d'approvisionnement régionale.

L'Autorité de la concurrence a estimé, conformément à ses lignes directrices, qu'à l'issue de l'opération, l'ACDLec disposera de la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la société cible, aux côtés de la société Soditroy, alors même qu'elle ne détient aucune participation dans le capital de cette société. Elle s'est fondée sur trois indices convergents déduits de l'analyse de leurs liens contractuels tels qu'il résulte en particulier des contrats de « panonceau », de la charte de l'adhérent et des statuts de la société Soditroy. Les requérantes tentent de minimiser la portée des moyens contractuels dont dispose l'association sans toutefois convaincre d'une erreur d'appréciation.

Le premier indice tient à la possibilité pour l'ACDLec d'intervenir dans la nomination, la révocation et l'exclusion du président de la société Soditroy et des membres du conseil de parrainage.

Les statuts de la société Soditroy confirment l'influence qu'est susceptible d'exercer l'ACDLec sur la gouvernance de la société Soditroy par le biais de son conseil de parrainage. Celui-ci est en effet composé de dirigeants agréés de centres distributeurs E. Leclerc et de la société coopérative d'approvisionnement Paris-Est (Scapest), centrale d'achats et logistique régionale des centres distributeurs E. Leclerc qui en est membre de droit (article 14). Ce conseil de parrainage nomme le président à la

majorité simple (articles 13.2 et 16.1) et peut le révoquer, par décision unanime, pour un « *motif légitime* », tel que la perte du droit d'usage de l'enseigne E. Leclerc (article 13.9 et 16.1). Il peut également exclure un associé avec une majorité des trois quarts de ses membres (article 18.4.3). Il est par ailleurs « *investi du pouvoir de contrôler la direction de la société* » (article 16.2). Les membres de ce conseil de parrainage comme le président de la société dépendent donc de l'attribution et du maintien du droit d'usage de l'enseigne. Or, l'ACDLec jouit en la matière d'une large marge de manœuvre : le respect des conditions préalables à l'adhésion ne garantit pas l'attribution de ce droit d'usage, elle n'est pas tenue de justifier ses éventuels refus et son pouvoir de retrait, encadré par des dispositions très générales, est très étendu.

Le deuxième indice tient à la possibilité d'intervenir dans la politique commerciale des sociétés d'exploitation. Il est indéniable que l'ACDLec fait peser sur ses adhérents des obligations particulièrement strictes en matière de politique tarifaire qui, contrairement à ce que défendent les requérantes, ne les placent pas dans la même situation que des franchisés qui, en principe, jouissent d'une plus grande autonomie pour définir leur stratégie commerciale. La politique de prix les plus bas est l'une des règles fondamentales du « mouvement Leclerc » (sa « *raison d'être* » comme le souligne la charte de l'adhérent). Les adhérents sont tenus, sous peine de sanction pouvant aller jusqu'à la radiation de l'association, de ne pas dépasser un indice exhaustif de prix (dénommé OPUS) fixé par l'association. Le contrat dit de panonceau liant M. H... à l'association prévoit également des obligations concernant le taux de marge pratiqué. Le dernier indice retenu par l'Autorité de la concurrence, mentionné comme le précédent dans ses lignes directrices, tient à la possibilité d'intervenir dans la cession d'actions de la société d'exploitation. Les statuts de la société Soditroy (article 12.2.4.1) encadrent en effet étroitement la cession d'actions de la société à des personnes extérieures au « mouvement Leclerc ». Tout projet de cession d'actions doit faire l'objet d'une offre préalable aux autres associés, également adhérents de l'ACDLec, qui bénéficient ainsi d'un droit de préemption, conformément au « *principe de préférence* » rappelé dans la charte de l'adhérent.

3. Dans le prolongement de ce qui précède, la société Soditroy et l'ACDLec reprochent à l'Autorité de la concurrence de s'être implicitement fondée, pour estimer que les seuils de contrôle de la concentration étaient franchis, sur ce que l'ACDLec exploitait un « commerce de détail » au sens du II de l'article L. 430-2 du code de commerce. Cette argumentation ne vous retiendra pas. En admettant que vous y voyez réellement un moyen autonome, l'Autorité a seulement estimé que cette association exerçait un contrôle conjoint sur certains magasins de l'enseigne. Il est, en tout état de cause, constant que ces seuils étaient franchis en prenant en compte les seuls chiffres d'affaires réalisés par la société SIPAN et le magasin cible.

4. Le débat contentieux se cristallise ensuite sur la définition des marchés pertinents affectés par l'opération.

Vous vous souvenez qu'un marché pertinent se définit comme le périmètre au sein duquel des biens ou services sont substituables pour les consommateurs et où se joue donc la concurrence entre offreurs. La discussion porte uniquement sur le marché aval de la distribution au détail de produits à dominante alimentaire au sein de l'agglomération troyenne. La cible étant en l'espèce un hypermarché, l'Autorité de la concurrence a distingué, d'une part, un marché comprenant uniquement les hypermarchés, sur lequel sont en concurrence les trois enseignes Carrefour, Géant Casino et E. Leclerc, et, d'autre part, un marché comprenant les supermarchés et autres formes de commerce équivalentes (hypermarchés, discompteurs et magasins populaires) à l'exclusion du petit commerce de détail (moins de 400 m²). Cette répartition est conforme à une pratique décisionnelle constante et sa pertinence pour l'opération litigieuse a été corroborée par des sondages réalisés auprès de clients de l'actuel hypermarché E. Leclerc de Saint-Parres-aux-Tertres et le magasin cible Géant Casino.

4.1. Les requérantes développent tout d'abord une critique principielle pour vous convaincre du caractère obsolète de cette segmentation et, plus particulièrement, de l'existence d'une concurrence effective entre les hypermarchés et les supermarchés et discompteurs justifiant que soit retenu un seul et même marché composé de l'ensemble de ces catégories de magasins.

Toutefois, comme vous l'avez relevé dans votre décision du 22 juillet dernier, *Société commerciale Guyane Ruiling* (n^{os} 436274, 439977, inédite au Rec.), la distinction opérée par l'Autorité de la concurrence s'appuie sur l'existence de différences objectives entre ces différentes formes de commerce. Au-delà des seuils de surface, qui ne constituent qu'un premier critère assez frustrant pour apprécier la nature de l'offre d'un magasin (supérieur ou égal à 2500 m²), l'Autorité retient, de manière plus fine, d'autres indices tels que la diversité des produits proposés (alimentaires, non-alimentaires, quotidien, hors quotidien³), la profondeur de gamme (c'est-à-dire le nombre de produits offerts pour un besoin donné), l'accessibilité du point de vente ou encore les techniques de vente et les services rendus.

S'il peut exister une certaine concurrence entre ces formes de commerce, celle-ci se révèle, en principe, asymétrique. Ainsi, si un consommateur peut utiliser un hypermarché comme magasin de proximité, la réciproque n'est que rarement vérifiée en raison, notamment, de la puissance promotionnelle des hypermarchés, de la diversité des produits offerts conjuguée à la profondeur des assortiments et de

³ Tels que vêtements, chaussures, jouets, électroménagers, télévision et hifi.

l'avantage du « one-stop-shop », autrement dit la possibilité pour le consommateur de réaliser la majorité de ses achats au même endroit. S'agissant des discompteurs, s'ils peuvent concurrencer les hypermarchés sur certains produits, leur offre est plus limitée, que ce soit en termes de nombre de références de produits ou de variantes différentes du produit, leur modèle commercial reposant sur le rapport qualité-prix de la marque de distributeurs proposée en rayon.

Les objections soulevées par les requérantes n'invalident pas cette analyse. L'argumentation générale développée plus spécifiquement par les sociétés Distribution Casino et Floreal, qui se fondent pour l'essentiel sur les réponses aux tests de marché (nous allons y revenir dans un instant), tenant aux évolutions que connaissent le secteur de la grande distribution et les modes de consommation avec le développement des discompteurs, des courses en ligne et d'une supposée « fragmentation » des achats, ne nous paraît pas suffisante pour attester de la perte de pertinence de ces critères. Si les requérantes se prévalent de diverses décisions de la Commission européenne ou de l'Autorité de la concurrence, celles-ci ne disqualifient pas pour autant la pratique décisionnelle de cette dernière, dès lors que des adaptations circonstanciées par les faits de l'espèce sont toujours possibles et que les spécificités nationales ou locales de l'opération envisagée peuvent justifier, dans certains cas, de retenir un marché unique comportant tant des hypermarchés que des supermarchés. La circonstance également invoquée que la part de marché des hypermarchés soit appréciée à l'aune de l'ensemble de leur chiffre d'affaires, sans distinguer la part des ventes correspondant au « service d'hypermarché » et celle correspondant à « son service de magasin de proximité », nous paraît quant à elle sans incidence pour apprécier la définition du marché pertinent, ce d'autant que cette dernière part reste très minoritaire.

Nous vous invitons donc à juger que l'Autorité de la concurrence, qui a suffisamment motivé sa décision sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit, ni d'erreur d'appréciation en écartant l'existence d'une substituabilité suffisante entre l'offre des hypermarchés et celle des supermarchés et discompteurs et en retenant, pour examiner les effets de l'opération litigieuse, un marché aval de la distribution au détail de produits à dominante alimentaire comprenant uniquement des hypermarchés.

4.2. Ceci nous amène à un autre pan de la critique nourrie des requérantes portant sur l'interprétation des résultats des sondages et des réponses aux tests de marchés réalisés au cours de l'instruction afin de vérifier *in concreto* si le comportement réel des consommateurs dans l'agglomération troyenne conforte cette analyse.

D'après les sondages réalisés en sortie de caisse en janvier et février 2020, la proportion de clients préférant, en cas de hausse des prix de 10 %, rester fidèles au magasin qu'ils fréquentent ou se reporter vers l'un des trois autres hypermarchés de l'agglomération s'élève à 84,9 % pour le magasin cible Géant Casino et à 63,6 % pour

l'hypermarché E. Leclerc de Saint-Parres-aux-Tertres, tandis que, respectivement, 7 % et 12,4 % d'entre eux se reporteraient vers des supermarchés de la zone de chalandise (Intermarché notamment) et seulement 5,4 % et 11,9 % vers des discompteurs (tels que Aldi, Lidl).

Contrairement à ce qui est soutenu, nous n'identifions aucun biais de raisonnement. En particulier, l'Autorité de la concurrence a pu tenir compte tant des consommateurs déclarant se reporter vers un autre hypermarché que ceux déclarant rester dans le magasin, dès lors que ces dernières réponses donnent également une indication sur l'intensité de la préférence des consommateurs pour ce type de commerce et sont ainsi pertinentes pour vérifier la substituabilité des hypermarchés avec les autres formes de commerce. La distinction des reports effectués selon que sont en cause des supermarchés ou des discompteurs n'est pas davantage dirimante et répond au demeurant à l'argumentation spécifique des parties notifiantes. Le scénario d'une hausse de prix dans les deux hypermarchés concernés par l'opération et non dans l'ensemble des hypermarchés de la zone ne nous paraît pas non plus minimiser l'appréciation des reports vers une autre forme de commerce puisqu'est également prise en compte la proportion de consommateurs préférant rester dans l'hypermarché qui augmente ses prix. S'il est encore reproché à l'Autorité de la concurrence de ne pas avoir pris en compte les résultats de ces sondages dans l'hypothèse d'une fermeture des hypermarchés Géant Casino et E. Leclerc, celle-ci explique qu'elle a retenu le scénario le plus plausible et que cette question permet, non de délimiter les marchés pertinents, mais d'évaluer les effets de la concentration et, plus particulièrement, le risque de hausse des prix à partir du comportement des seuls consommateurs sensibles au prix⁴.

Quant aux réponses aux tests de marché réalisés par l'Autorité de la concurrence, elles paraissent plutôt délicates à exploiter car elles ne sont pas univoques. Si les extraits cités par les requérantes donnent à penser que les discompteurs exercent une pression concurrentielle sur les hypermarchés, d'autres répondent par la négative, l'estiment faible ou limitée à certains produits. Elles ne sont donc pas, à elles-seules, de nature à exclure l'existence d'un marché spécifique aux hypermarchés.

4.3. Les requérantes soutiennent enfin, à titre subsidiaire, que les deux magasins Intermarché Super situés à Saint-Julien-les-Villas (au sud-est de Troyes) et Creney-près-Troyes (au nord-est) doivent être pris en compte dans l'analyse concurrentielle, dès lors qu'ils constituent, non des supermarchés, mais des hypermarchés.

⁴ Le taux de report des clients (ou ratio de diversion) sert d'indicateur pour évaluer le risque de hausse des prix. L'hypothèse d'une fermeture de magasin permet d'apprécier ce taux de report à partir du comportement de l'ensemble de la clientèle du magasin et non des seuls clients qui quittent le magasin en cas de hausse significative de prix.

L'Autorité de la concurrence n'a pas souscrit à cette analyse, en dépit de leur surface de vente supérieure à 2 500 m². Elle s'est fondée pour cela sur la nature de l'offre de ces magasins, plus limitée en produits non alimentaires et hors quotidien, appréciée en nombre de références et en part dans le chiffre d'affaires. Elle a également tenu compte des déclarations des différents acteurs locaux sur leur perception de ces magasins et, en particulier, celles des dirigeants des hypermarchés Leclerc et Géant Casino faisant état d'une faible pression concurrentielle ainsi que des résultats des sondages indiquant de très faibles reports de clientèle vers ces deux magasins en cas de hausse des prix de 10 % dans l'hypermarché Géant Casino (moins de 2 %) ou dans l'hypermarché E. Leclerc de Saint-Parres-aux-Tertres (4,7 %), qui est pourtant relativement proche.

Les objections des requérantes quant au nombre de références de produits alimentaires offerts en rayon, l'interprétation de ces sondages ou la prise en compte des différences de pression concurrentielle à ce stade de l'analyse ne parviennent pas à convaincre d'une erreur d'appréciation sur ce point.

5. Nous en venons au dernier volet de la critique des requérantes mettant en cause l'analyse concurrentielle de l'opération. Comme indiqué au début de notre propos, l'Autorité de la concurrence a identifié des risques d'effets coordonnés et des risques d'effets unilatéraux.

5.1. Au titre des effets coordonnés, elle a estimé que les deux enseignes qui se trouveraient sur le marché des hypermarchés de l'agglomération troyenne à l'issue de l'opération, à savoir E. Leclerc et Carrefour, seraient plus incitées à coordonner tacitement leurs comportements qu'à continuer à entretenir l'équilibre concurrentiel. Les requérantes y voient une erreur de droit et une erreur d'appréciation.

Comme le rappelle la décision attaquée, « *on parle d'effets coordonnés, de création ou renforcement d'une position dominante collective ou d'un oligopole collusif* » lorsqu'une concentration augmente « *les incitations et la capacité des entreprises présentes sur le marché à maintenir tacitement un équilibre collusif* » (§ 737 des lignes directrices adoptées en février 2020). Votre jurisprudence a fait sienne cette notion, définie comme la situation où des opérateurs sur un marché oligopolistique ou fortement concentré ont le pouvoir, sans accord exprès ni concertation préalable, « *d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché en vue de profiter d'une situation de puissance économique collective, en particulier pour vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans que les concurrents actuels ou potentiels ou encore les clients et les consommateurs ne puissent réagir de manière effective* » (CE, 31 juillet 2009, *Société Fiducial Audit et Société Fiducial Expertise*, n° 305903, au Rec. ; CE, 5 novembre 2014, *Société Wienerberger*, n° 373065, au Rec.).

Reprenant les trois conditions cumulatives de la jurisprudence *Airtours* du tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE, 6 juin 2002, *Airtours Plc*, aff. T-342/99 ; grille d'analyse confirmée par : CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann AGet Sony Corporation of America*, aff. C-413/06 P), vous avez jugé que l'appréciation de tels risques d'effets coordonnés suppose la réunion de trois conditions cumulatives. Tout d'abord, chacun des membres de l'oligopole doit être en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres (c'est le critère de « détection » selon la terminologie de l'Autorité de la concurrence⁵). Il doit ensuite exister des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous (critère de « dissuasion »). Il faut enfin que les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne puissent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite (critère de « non-contestation »). Vous avez en outre précisé qu'il incombe à l'autorité régulatrice « *de s'interroger, dans le cadre d'une analyse prospective du marché pertinent, sur sa probabilité, en appréhendant, sans s'en tenir à l'application de chacun de [ces] trois critères (...) pris isolément, le mécanisme économique global d'une éventuelle coordination* ».

Qu'en est-il en l'espèce ?

L'Autorité de la concurrence a estimé que chacun de ces trois critères était rempli. Au titre de la « détection », elle a relevé que le marché était suffisamment transparent, si bien que les deux enseignes présentes à l'issue de l'opération, qui disposeront de parts de marché quasiment similaires en surface de vente comme en chiffres d'affaires, seront en mesure de surveiller efficacement leurs comportements (notamment par le biais de relevés de prix réguliers sur l'ensemble des références en rayon, comme l'a indiqué l'hypermarché E. Leclerc). Au titre de la « dissuasion », elle s'est appuyée sur le fait que l'enseigne E. Leclerc obtiendrait un second hypermarché, comme son concurrent Carrefour, si bien que ces deux acteurs seraient en mesure de réagir rapidement et de manière crédible, notamment par le biais d'un retour à l'équilibre concurrentiel, si l'autre venait à s'écarter de la collusion tacite. Au titre de la « non-contestation », elle a relevé que l'opération a pour effet de créer une situation de duopole équilibré, là où auparavant le magasin Géant Casino - en dépit de ses difficultés financières - exerçait une pression concurrentielle. Elle a ajouté qu'il était peu probable que de nouveaux acteurs viennent perturber la collusion tacite Carrefour-E. Leclerc du fait de fortes barrières à l'entrée, liées à la densité des surfaces commerciales dans l'agglomération troyenne et à une politique restrictive de délivrance d'autorisations de projets de création ou d'extension.

⁵ Cf § 746 et suiv. des lignes directrices.

Les critiques des requérantes ne nous paraissent pas fondées. Tout d'abord, l'Autorité de la concurrence s'est parfaitement inscrite dans le cadre d'analyse tracé par votre jurisprudence, sans commettre l'erreur de droit qui lui est reprochée. Tout en détaillant chacun des trois critères requis, elle a mis en évidence un scénario de coordination tacite sur le marché considéré. Elle a estimé, en substance, que l'opération envisagée aurait pour effet d'équilibrer les forces en présence, si bien que les deux acteurs restant sur le marché n'auraient plus intérêt à maintenir une pression concurrentielle maximale.

Ensuite, ce risque de comportement coordonné nous paraît plausible. Certes, l'hypothèse d'une guerre des prix sur un marché très concentré ne peut être totalement écartée, comme l'enseigne le « paradoxe de Bertrand » invoqué par les requérantes. Néanmoins, les économistes s'accordent pour estimer que ce modèle théorique est rarement vérifié et suppose notamment l'existence de produits homogènes pour lesquels la concurrence se fait exclusivement par les prix, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Enfin, les requêtes sont assez faiblement argumentées sur le respect des trois critères fixés. Elles concèdent que les deux premiers sont satisfaits, tentant seulement d'en relativiser la portée. Le dernier n'est pas sérieusement contesté si vous admettez avec nous que le marché pertinent n'est constitué que d'hypermarchés et que les barrières normatives à l'entrée sont réelles.

5.2. La discussion nous paraît plus ouverte s'agissant du risque d'effets unilatéraux consistant en une hausse des prix dans les hypermarchés E. Leclerc de Saint-Parres-aux-Tertres et Géant Casino.

Le risque de hausse des prix que l'opération de concentration est susceptible d'engendrer est évalué à partir d'un indice dit « GUPPI » (*gross upward pricing pressure index*) qui, ainsi que l'expliquent les lignes directrices (§ 652), est calculé à partir du taux de diversion (ou de report) des clients entre les magasins concernés et permet d'apprécier leur proximité concurrentielle : plus cet indice est élevé, plus le risque de hausse de prix est important. L'Autorité de la concurrence retient un seuil critique de 5 % afin de neutraliser l'absence de prise en compte par cet indice des gains d'efficacité habituellement associés à une opération de concentration, lesquels permettent d'éliminer ou atténuer les incitations à la hausse de prix.

Constatant que le niveau d'indice calculé en l'espèce était supérieur à ce seuil critique, l'Autorité en a déduit qu'il était très probable qu'il y ait une hausse de prix dans l'actuel hypermarché E. Leclerc de Saint-Parres-aux-Tertres. Elle est partie de l'hypothèse que l'hypermarché Géant Casino gagnerait en attractivité une fois passé sous l'enseigne E. Leclerc et qu'il était dès lors probable que le ratio de diversion entre

cette nouvelle entité et l'actuel hypermarché E. Leclerc soit plus significatif que celui existant entre ce dernier et l'hypermarché Géant Casino. Dit autrement, l'opération aurait pour effet d'accroître la proximité concurrentielle et la symétrie entre les deux magasins, désormais tous deux sous l'enseigne E. Leclerc.

Les requérantes contestent ce raisonnement, selon elle, inédit, spéculatif et théorique. Si les différents indices calculés par l'Autorité de la concurrence peuvent quelque peu brouiller l'analyse, nous nous rallions néanmoins à la conclusion qu'elle en tire. Nous n'identifions aucun biais dans un sens défavorable aux requérantes. L'indice « GUPPI » calculé à partir du (faible) ratio de diversion de l'actuel hypermarché E. Leclerc vers le magasin cible ne reflétait qu'imparfaitement la réalité de la situation en raison notamment des difficultés rencontrées par ce dernier et donc de sa faible attractivité et de la sous-estimation de l'effet de la similarité des enseignes. Il était donc plus plausible de calculer un indice « GUPPI » à partir d'un ratio de diversion « potentiel » entre l'actuel hypermarché E. Leclerc et le nouveau point de vente, désormais exploité sous la même enseigne. Calculé à partir des données de sondage combinées aux données de distance, il postule que ce ratio de diversion sera plus élevé.

Ces scénarios font l'objet d'une longue discussion assez technique, les requérantes pointant plus spécifiquement l'imprécision des données permettant de calculer les indices « GUPPI ». Toutefois, l'Autorité de la concurrence a détaillé son analyse dans une annexe jointe à sa décision en répondant aux différentes objections formulées par les parties notifiantes au cours de l'instruction. Elle a en outre complété ces explications par le calcul de mesures alternatives de ratios de diversion, sur la base des parts de marché en surface ou en chiffre d'affaires établies par un cabinet spécialisé pour le compte des parties notifiantes, qui confirment un risque significatif de hausse de prix. Dans ces conditions, et en l'absence d'une critique plus étayée, l'Autorité de la concurrence ne nous paraît pas avoir commis d'erreur d'appréciation.

La règle de prix bas du « mouvement Leclerc » ne nous paraît pas davantage discréditer le risque de hausse des prix ainsi identifié. Comme le relève la décision attaquée, les parties notifiantes ont elles-mêmes indiqué que les prix pratiqués par l'hypermarché E. Leclerc de Saint-Parres-aux-Tertres étaient inférieurs à l'indice exhaustif de prix « OPUS » déjà mentionné. Et l'hypermarché conserve, en tout état de cause, la possibilité d'augmenter les prix tout en respectant le prix maximal imposé par l'ACDLec, soit en jouant sur les 30 000 références qui ne sont pas prises en compte par cet indice (ce qui représente environ la moitié des références vendues), soit en opérant des compensations entre le prix des produits les plus vendus ou les plus onéreux et le prix des produits moins vendus ou moins onéreux.

Nous ne sommes en revanche guère convaincue par le risque de hausse prix dans le magasin cible. L'Autorité de la concurrence admet qu'il est vraisemblable que les prix

baissent par rapport à ceux observés avant l'opération mais estime qu'il existe un risque de hausse des prix par rapport à un scénario contrefactuel (c'est-à-dire en l'absence de réalisation de l'opération envisagée). Autrement dit, la baisse des prix attendue à l'issue de l'opération serait inférieure à celle que l'on pourrait escompter en son absence. Toutefois, l'Autorité de la concurrence ne documente pas cette analyse et, comme ne manquent pas de le souligner les requérantes, Géant Casino pouvait miser, pour retrouver sa rentabilité en l'absence de reprise, sur la différenciation des produits et la fidélisation de sa clientèle plutôt que sur un repositionnement tarifaire. La fragilité de la décision attaquée sur ce point ne permet pas toutefois à donner satisfaction aux requérantes car les autres motifs suffisant à justifier la décision, ce motif peut être neutralisé conformément à votre jurisprudence *Dame P*....

PCMNC au rejet des requêtes.