



HAL
open science

Evolution du contrôle ex-ante de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Evolution du contrôle ex-ante de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2014, 41, pp.73-81. halshs-01091942

HAL Id: halshs-01091942

<https://shs.hal.science/halshs-01091942v1>

Submitted on 7 Dec 2014

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.

Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2014, « Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 41, pp. 73-81)

*La réalisation de nouvelles surfaces commerciales au-delà de certains seuils de superficie est depuis longtemps – et bien que la pertinence en soit discutée – soumise à accord préalable des commissions d'urbanisme. Ce processus, basé sur des critères d'aménagement ou d'environnement, ignore traditionnellement les questions économiques, et notamment celle de la création ou du renforcement de positions dominantes locales dans le secteur de la distribution. Toutefois, une récente évolution vers la prise en considération de critères économiques existe depuis novembre 2012 en outre-mer, avec la création de l'article L. 752-6-1 du Code de commerce. Cet article, qui vient de faire l'objet de sa première application pour l'île de Saint-Barthélemy, conduit à d'intéressantes interrogations quant à l'avenir du contrôle *ex-ante* des opérations d'urbanisme commercial.*

* Maître de conférences en sciences économiques, GDI, EA 4240, Université de la Polynésie française et LAMETA, UMR 5474, Université Montpellier I.

Le contrôle de l'implantation des surfaces commerciales, création ou extension de magasins, a été introduit en droit français dès 1973¹ et, s'il a connu une évolution cahoteuse tantôt le durcissant², tantôt l'assouplissant³, son maintien n'a jamais été remis en question. L'objectif avoué de ces législations, affirmé dès le premier article de la loi Royer, était d'éviter « *qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise* ». Il s'agissait donc de protéger non seulement le petit commerce, mais également les petits producteurs.

Les implantations de surfaces commerciales sont ainsi soumises depuis la loi Royer à l'aval de commissions d'urbanisme commercial, plusieurs fois renommées depuis et de composition également modifiée, « *certaines affaires de corruption [ayant] rapidement entaché le fonctionnement des commissions chargées d'accorder ces autorisations* »⁴. A l'heure actuelle, les demandes d'implantation sont étudiées par une Commission départementale d'aménagement commercial (CDAC) ou, dans les collectivités territoriales qui ne sont pas des départements, par une Commission territoriale d'aménagement commercial (CTAC). Les décisions des commissions peuvent faire l'objet d'un recours devant la Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC), au titre de l'article L. 752-17 du Code de commerce.

Malgré son ancienneté et le fait qu'il perdure, le dispositif de contrôle de l'urbanisme commercial a pourtant fait l'objet de très nombreuses critiques, en raison de ses effets pervers, de même que la réglementation stricte des relations entre fournisseurs et distributeurs qui l'a accompagné⁵. Jens Høj et Michael Wise indiquent ainsi que : « *les problèmes de concurrence dans le secteur de la distribution devraient être traités dans le cadre du droit général de la concurrence et la réglementation contraignante qui freine la concurrence par les prix devrait être abolie* »⁶. A cet égard, la position de l'Autorité de la concurrence s'inscrit clairement en faveur d'une suppression du contrôle *ex-ante* des implantations des surfaces commerciales, compte tenu des difficultés qu'il soulève (1.). Quoi qu'il en soit, le législateur a souhaité maintenir le principe de ces autorisations préalables et le fonctionnement des commissions d'urbanisme continue à susciter des interrogations quant aux critères à retenir dans l'évaluation des projets. Ainsi, le risque de voir se renforcer des positions dominantes locales permet-il de justifier de subordonner les autorisations d'implantation commerciale à des

¹ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer.

² Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, dite loi Raffarin.

³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite loi LME.

⁴ Canivet G., 2004, *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La Documentation française, Collection des rapports officiels, Octobre, 161 p., p. 26.

⁵ Notamment avec la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dite loi Galland. Pour une revue critique, voir par exemple : Tinard C. ; Tinard Y. et Serna J.-C., *La grande distribution française : bouc émissaire ou prédateur ?*, FNDE éd., Paris, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, 2003 ; Montet C. et Venayre F., 2004, « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, pp. 174-181.

⁶ Høj J. et Wise M., 2006, « Concurrence sur les marchés de produits et performance économique en France », *Document de travail du département des affaires économiques*, n° 473, OCDE. Voir également : Montet C. et Venayre F., 2007, « Politiques de concurrence : comment améliorer les performances de l'économie de marché ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 10, Janvier-Mars, pp. 141-150.

considérations économiques ou concurrentielles ? (2.). En la matière, et une fois de plus, l'outre-mer apparaît comme un laboratoire d'étude de nouveaux dispositifs en matière de politique de concurrence, avec l'introduction de l'article L. 752-6-1 du Code de commerce, dont nous verrons qu'il a une influence sur l'utilisation de critères économiques en matière d'aménagement commercial (3.). La collectivité de Saint-Barthélemy, qui vient d'être le terrain de la première application de ce nouvel article, fournit une intéressante illustration des questions posées par l'encadrement de l'aménagement commercial et donne de premiers enseignements sur cette récente évolution législative mise en œuvre par la loi REOM⁷ (4.).

1. Principe d'un contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial et risques induits

L'Autorité de la concurrence, et le Conseil avant elle, ont toujours développé une position dubitative quant au contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial, considérant que le contrôle des implantations des surfaces commerciales, générerait des problèmes d'efficacité et, plutôt que de résoudre d'éventuels problèmes de concurrence, pouvait à l'inverse en favoriser l'émergence⁸.

Etudiant l'opportunité de modifier la législation sur les équipements commerciaux en 2007, le Conseil a ainsi souligné que, d'une manière générale, le contrôle des opérations de croissance interne des entreprises présentait des risques en termes d'efficacité économique : « *l'extension du contrôle ex-ante aux opérations de croissance interne, telles que extensions ou ouvertures de nouveaux magasins dans une zone, n'est pas pertinent au regard des objectifs assignés au droit de la concurrence, dans la mesure où cela pourrait brider l'expansion des entreprises les plus efficaces* »⁹. En outre, compte tenu des relations verticales qui constituent l'essence du secteur de la distribution, un contrôle de la croissance interne des entreprises prend une signification plus dangereuse alors pour l'intensité concurrentielle des marchés amont. Ainsi, le Conseil précise-t-il, dans le même point cité précédemment, que « *dans le secteur de la distribution, un tel contrôle [de la croissance interne] appelle des réserves supplémentaires. Refuser une implantation au motif qu'une enseigne est déjà en monopole local revient en effet à limiter l'entrée de fournisseurs concurrents en raison du rationnement du linéaire* ».

⁷ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

⁸ Cet article abordera uniquement la question du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial. Son contrôle *ex-post*, par le biais des injonctions structurelles, ne sera qu'effleuré. Pour des pistes visant à diminuer la concentration des zones de chalandise, voir : Pfister E., 2011, « Concentration et concurrence dans la distribution à dominante alimentaire », *Concurrences*, n° 4-2011, pp. 22-25. Sur les contrôles *ex-ante* et *ex-post* des concentrations, on pourra se référer à : Bougette P. et Venayre F., 2008, « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 121, pp. 9-40.

⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation relative à l'équipement commercial, point 95.

La position générale du Conseil, en matière de croissance interne des distributeurs, est donc « *qu'un système d'autorisation administrative au cas par cas génère d'importantes distorsions de concurrence dans la mesure où il institue une barrière à l'entrée inégalement supportée par les acteurs. Sa seule suppression contribuerait donc de façon significative à restaurer une concurrence effective dans le secteur* »¹⁰. Favorable à une « *réforme en profondeur* » de la législation sur l'urbanisme commercial, il insiste sur cette nécessité de favoriser l'entrée sur les marchés en abrogeant le dispositif législatif contraignant sur les ouvertures ou extensions de magasins : « *la régulation des implantations commerciales se justifie d'une part par les externalités induites par l'implantation d'une grande surface, et d'autre part par l'existence de fortes barrières à l'entrée sur le marché de la distribution. Or, la nécessité d'obtenir une autorisation spécifique crée une importante barrière supplémentaire à l'entrée. Sa suppression à elle seule permettrait d'animer la concurrence* »¹¹.

L'Autorité de la concurrence ne dévie pas de cette position initiale du Conseil, en affirmant à nouveau la nécessité de lever le contrôle *ex-ante*, même pour les marchés de petite taille. Ainsi, à l'occasion de son intense activité récente dans les territoires ultramarins¹², elle a eu l'opportunité de le préciser à différentes reprises. Ce fut par exemple le cas pour les départements d'outre-mer (DOM), pour lesquels elle réaffirme « *qu'il n'est pas souhaitable de rétablir un contrôle ex-ante des opérations d'urbanisme commercial visant à empêcher un opérateur d'acquérir, sur une zone de chalandise donnée, une position dominante ou prééminente par l'établissement de nouvelles surfaces commerciales. En effet, l'identification de ces positions dominantes ou prééminentes serait soit trop complexe pour être mise en œuvre en un temps raisonnable, soit, dans l'hypothèse où elle ne s'appuierait que sur un calcul de parts de marché, trop simpliste pour ne pas être en contradiction avec les critères utilisés en droit de la concurrence* »¹³. L'Autorité développe par la suite ce point de vue en reprenant les arguments avancés dans son avis de 2007 : nuisance à l'expansion d'opérateurs efficaces et restriction du linéaire conduisant à une limitation de l'entrée de fournisseurs concurrents.

En 2010, l'Autorité avait également mis explicitement en cause la législation sur l'implantation des grandes surfaces dans le degré élevé de concentration qui pouvait être observé dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire : « *dans le secteur de la grande distribution alimentaire, la concentration excessive de certaines zones de chalandise résulte en partie de l'existence de barrières à l'entrée élevées. Ces obstacles à l'arrivée de nouvelles enseignes sont issus, pour une part significative, des procédures*

¹⁰ *Idem*, point 77.

¹¹ *Idem*, point 113.

¹² Pour des exemples, voir notamment : Venayre F., 2013, « Rappel de la loi républicaine sur la concurrence pour Saint-Pierre-et-Miquelon : une nouvelle volonté politique pour les économies ultramarines », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 19, pp. 109-126 ; Venayre F., 2014, « Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.

¹³ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, point 133.

administratives préalables à l'implantation d'un nouveau magasin »¹⁴. La réglementation calédonienne sur l'urbanisme commercial a elle aussi été directement pointée par l'Autorité, lors de son audit réalisé en 2012 à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, comme un responsable du manque de concurrence dans la grande distribution sur le Caillou : « *les procédures actuelles d'autorisation administrative d'ouverture de nouvelles surfaces commerciales constituent un frein à l'émergence d'un troisième groupe de distribution disposant d'une taille suffisante pour remettre en cause la prééminence de ces deux opérateurs et intensifier la concurrence* »¹⁵.

Notons par ailleurs que la législation sur l'équipement commercial s'est révélée inefficace à atteindre le but de protection du petit commerce qu'elle s'était explicitement fixé, comme l'a noté le Conseil de la concurrence : « *le seul contrôle de l'implantation des surfaces commerciales est insuffisant pour freiner le déclin du petit commerce, la dévitalisation des centres villes et la désertification des zones rurales, qui ont d'autres causes que le développement incontrôlé des grandes surfaces* »¹⁶. C'est pourquoi le Conseil avait suggéré dès 2007, pour atteindre ces objectifs, de recourir à des dispositifs d'aides directes ciblées sur ces causes, le FISAC (Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce) s'avérant de son point de vue insuffisant. Mais pour autant, le Conseil était resté relativement évasif quant aux mécanismes qui pourraient alors être instaurés en la matière¹⁷.

Toutefois, même si le contrôle *ex-ante* de l'aménagement commercial porte en lui des dysfonctionnements au plan économique et concurrentiel et s'avère pour une large part inefficace, il n'en reste pas moins que la grande distribution présente des caractéristiques propres qui posent des questions. En effet, l'aspect très localisé des marchés de détail en cause peut limiter le nombre d'opérateurs en présence dans une zone de chalandise donnée et peut conduire à des positions dominantes susceptibles de faire par la suite l'objet d'abus préjudiciables. De ce point de vue, l'ouverture des autorisations d'implantation par une réforme de la législation pourrait présenter certains risques, et notamment le fait que « *la présence d'opérateurs disposant d'une puissance financière importante et les positions dominantes locales constituées peuvent priver les consommateurs d'une partie des bénéfices attendus d'une telle ouverture. Cette situation, que la législation sur l'équipement commercial n'a pu empêcher, échappe également aujourd'hui, en partie, au contrôle du droit commun de la concurrence* »¹⁸.

¹⁴ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, point 108.

¹⁵ Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, établi par MM. Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, Rapporteurs, 21 septembre 2012, point 163. Sur cet audit réalisé par l'Autorité en Nouvelle-Calédonie, voir : Montet C. et Venayre F., 2013, « Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, Juillet-Septembre, pp. 164-170.

¹⁶ Avis du Conseil de la concurrence du 11 octobre 2007, *op. cit.*, point 76.

¹⁷ *Idem*, points 76 et 84-89.

¹⁸ *Idem*, point 77.

Compte tenu de ces risques liés au renforcement potentiel de positions dominantes locales, il n'est pas inintéressant de s'interroger sur les mécanismes qui permettraient de les réduire le cas échéant. A cet égard, la question de la prise en compte, en matière d'urbanisme commercial, de critères économiques, et notamment concurrentiels, a pu être soulevée.

2. Mécanisme des autorisations d'implantation des commerces et critères retenus par les commissions d'urbanisme

En charge d'attribuer les éventuelles autorisations d'implantation des surfaces commerciales, les CDAC ne se prononcent en effet pas sur des critères économiques. Cela peut sembler d'autant plus paradoxal, en première lecture, que, comme nous l'avons souligné, la naissance du contrôle de l'urbanisme commercial répond au désir de protection de la « *petite entreprise* ». Pourtant, l'article L. 752-6 du Code de commerce, qui précise les conditions de fonctionnement des CDAC, dispose explicitement que les critères d'évaluation de ces commissions relèvent uniquement de deux catégories, à l'exclusion de tout aspect économique. La première concerne l'effet du projet en matière d'aménagement du territoire, c'est-à-dire que la Commission tient compte de l'animation de la vie urbaine (ou rurale) et des conditions de circulation. La seconde catégorie vise à prendre en considération le développement durable en évaluant la qualité environnementale du projet et son insertion dans les réseaux de transports collectifs.

L'Autorité de la concurrence, et le Conseil avant elle, se sont toujours montrés circonspects sur l'utilisation de critères économiques en matière d'urbanisme commercial. L'avis de 2007 du Conseil, qui faisait suite aux propositions formulées par la Commission de modernisation de l'urbanisme commercial, en atteste. Cette commission, qui avait été mise en place en octobre 2006 afin de proposer une réforme du système des autorisations d'implantation des surfaces commerciales, avait proposé dans son rapport que soient pris en compte des critères économiques dans l'évaluation des implantations commerciales¹⁹. Le rapport indique ainsi qu'en plus de deux autres critères (aménagement du territoire d'une part et esthétique, qualité de l'urbanisme et développement durable, d'autre part), deux critères économiques devaient être retenus. Un premier critère de concurrence, dont « *l'objectif est de maintenir et de favoriser une concurrence effective, en évitant en particulier toute exploitation abusive d'une position dominante par une entreprise ou un groupe d'entreprises* »²⁰. Un second critère de satisfaction des besoins des consommateurs, visant à « *satisfaire les besoins des consommateurs par une offre diversifiée, par la modernisation des équipements commerciaux, le développement des nouvelles formes de services et le maintien des activités dans les zones rurales et de montagne* »²¹.

¹⁹ Commission de modernisation de l'urbanisme commercial, *Propositions de réforme*, 15 février 2007.

²⁰ *Idem*, p. 2.

²¹ *Idem*.

Notons au préalable que l'étude des mécanismes d'urbanisme commercial français avait été mise en place sous la pression de la Commission européenne²². Or, l'impossibilité de prendre en compte des critères économiques dans le droit français de l'urbanisme commercial résulte précisément, comme le précise Stéphane Destours, d'une question de cohérence avec le droit communautaire : « *pour rendre 'euro-compatible' le droit français de l'implantation des équipements commerciaux, interdiction formelle a été faite aux commissions d'aménagement commercial, tant départementales que nationales, de se référer à des critères économiques* »²³. Ainsi, la recommandation de la Commission de modernisation de l'urbanisme commercial apparaît quelque peu paradoxale.

Au sujet de cette question d'une éventuelle prise en compte de critères économiques en matière d'aménagement commercial, le Conseil s'était d'ailleurs montré sceptique. Il avait souligné que les objections de la Commission européenne risquaient « *de s'étendre à tout critère qui tendrait à formuler des anticipations sur l'évolution de la demande et à porter un jugement sur la capacité d'un projet donné à la satisfaire, c'est-à-dire à se substituer au marché. Une régulation de l'offre par le marché garantit une meilleure adaptation de l'offre à la demande et sélectionne naturellement les entreprises efficaces. Or, les critères de maintien d'une concurrence effective et de satisfaction des besoins des consommateurs sont également de nature économique puisqu'ils impliquent de se prononcer sur l'état de l'offre et de la demande et sur leur évolution* »²⁴.

Mais au-delà de cette question de l'articulation de la prise en compte de critères économiques avec le droit de l'Union, se pose celle de l'adéquation de tels critères avec le droit national de la concurrence. Qu'il s'agisse du contrôle des concentrations et de l'abus de position dominante, la loi prévoit que soit pris en considération les risques inhérents à la création ou au renforcement d'une position dominante. L'adoption d'un critère de concurrence pouvant conduire à des interdictions d'implantation pourrait donc entrer en conflit avec la jurisprudence établie dans le cadre de l'application du droit de la concurrence et causer de sérieuses difficultés en termes de sécurité juridique²⁵. Quant au critère de satisfaction des besoins des consommateurs, sa pertinence avait été rapidement écartée par le Conseil, qui indiquait que « *sa vérification par une commission administrative est moins efficace que par le marché fonctionnant de façon concurrentielle. Cet objectif n'est donc pas de ceux qui peuvent justifier l'instauration d'une barrière à l'entrée, par définition restrictive de concurrence* »²⁶.

L'avis de l'Autorité de la concurrence concernant la distribution parisienne a été l'occasion de conforter cette position initiale du Conseil, défavorable à l'utilisation de critères économiques : « *la concentration du commerce à dominante alimentaire parisien et la faible présence de magasins de grande surface confirment la nécessité d'alléger et de recentrer*

²² Sur les détails de la procédure engagée par la Commission européenne, voir les points 1 et 2 de l'avis du Conseil de la concurrence du 11 octobre 2007, *op. cit.*

²³ Destours S., 2014, « Impact concurrentiel d'un projet d'aménagement commercial », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 38, Janvier-Mars, pp. 103-105.

²⁴ Avis du Conseil de la concurrence du 11 octobre 2007, *op. cit.*, point 102.

²⁵ *Idem*, points 104 et 105.

²⁶ *Idem*, point 106.

l'examen des équipements commerciaux sur leur seule compatibilité avec les règles d'urbanisme et d'environnement, à l'exception de tout critère économique. »²⁷.

La prise en compte de critères économiques dans le domaine de l'aménagement commercial pose donc « *de nombreux problèmes* »²⁸. A une occasion, cependant, l'Autorité a pu évoquer l'intérêt du maintien d'un contrôle *ex-ante* des implantations commerciales. Lors de sa mission réalisée en Nouvelle-Calédonie en 2012, et malgré une déclaration favorable à la suppression de la réglementation calédonienne sur l'urbanisme commercial (*cf. supra*), l'Autorité a assoupli sa position. Mettant en avant les caractéristiques propres de la Nouvelle-Calédonie, elle avait tempéré sa position en précisant que la « *suppression de la procédure d'autorisation pourrait favoriser l'expansion des groupes déjà implantés sur ce territoire. Ils disposent en effet des moyens financiers, de l'expérience et des structures logistiques leur permettant d'ouvrir facilement de nouvelles surfaces commerciales* »²⁹. Cette précision conduisait l'Autorité à conclure qu'« *il pourrait donc être préférable de maintenir un contrôle ex-ante des implantations, dont le seul objectif serait d'éviter qu'un opérateur déjà très bien implanté ne parvienne à renforcer sa part de marché et à rendre ainsi l'implantation d'un concurrent tiers encore plus difficile* ».³⁰, ce qu'elle qualifiait de « *test de concurrence* ».

Il est utile de noter en premier lieu que les remarques effectuées plus haut quant à la question de la compatibilité de la règle de droit avec les dispositions européennes n'ont dans cette situation pas lieu d'être puisque la Nouvelle-Calédonie jouit d'une autonomie forte à l'égard de l'Union européenne comme à l'égard de la République française, en sa qualité de PTOM³¹ et de collectivité *sui generis* régie par un titre propre de la Constitution (Titre XIII, articles 76 et 77).

Par cet assouplissement de sa position, l'Autorité semble vouloir tenir compte du contexte particulier d'un marché étroit et déjà très concentré³². Cette situation appelle sans doute que l'on examine plus attentivement les structures du marché, mais on sait également qu'il est important de tenir compte de l'efficacité des entreprises, en balance des risques concurrentiels représentés par l'abus de position dominante. Or, de ce point de vue, les petites économies insulaires, notamment en raison de leurs difficultés de compétitivité³³, exigent sans doute que l'on pondère plus fortement qu'on ne le ferait en métropole les arguments

²⁷ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, point 175.

²⁸ Avis du Conseil de la concurrence du 11 octobre 2007, *op. cit.*, point 78.

²⁹ Rapport de l'Autorité de la concurrence sur les mécanismes d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 221.

³⁰ *Idem*, point 222.

³¹ Les pays et territoires d'outre-mer (PTOM) ne font en effet pas partie de l'Union européenne – même s'ils lui sont liés par association –, contrairement aux régions ultrapériphériques (RUP), qui regroupent dans le cas français les départements d'outre-mer.

³² Dans le secteur du Grand Nouméa, près de 85 % des parts de marché du secteur de la distribution des produits de grande consommation sont détenues par deux grands groupes. *Cf.* Avis de l'Autorité sur les mécanismes d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 218.

³³ Pour plus détails sur le déficit de compétitivité des économies insulaires, appliqué au cas de la Polynésie française, voir : Venayre F., 2012, « Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien », Document de travail, n° 121, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars.

d'efficacité. Bien entendu, cette remarque ne vaut que si le droit en vigueur autorise une sanction *ex-post* des comportements anticoncurrentiels. Or, il se trouve que ce n'était pas le cas lors de la mission de l'Autorité, puisque la Nouvelle-Calédonie n'avait alors pas de législation complète en matière de concurrence³⁴.

En revanche, lorsque les droits de la concurrence sont conçus pour permettre un contrôle efficace des pratiques anticoncurrentielles, le système des autorisations d'implantation préalables ne se justifie plus avec la même intensité, y compris dans le cas de petits territoires. Toujours au sujet de la Nouvelle-Calédonie, l'Autorité précisait d'ailleurs, concernant le « *test de concurrence* » dont nous venons de faire état qu'il « *s'avérerait particulièrement nécessaire dans l'hypothèse où le régulateur de la concurrence ne pourrait s'appuyer sur des 'injonctions structurelles'* ». »³⁵. A l'inverse, ce test pourrait être assoupli. On retrouve donc la position développée par le Conseil de la concurrence dans son avis de 2007 sur l'urbanisme commercial, qui demandait, à l'issue de la suppression du contrôle *ex-ante* des implantations, un abaissement des seuils de contrôlabilité pour les opérations de croissance externe de la grande distribution et indiquait, déjà, vouloir des pouvoirs d'injonctions renforcés : « *cette ouverture à la concurrence du secteur devrait être accompagnée de mesures propres à renforcer le contrôle des risques liés à la constitution de positions dominantes locales. Les seuils actuels de contrôle des concentrations sont peu adaptés aux enjeux de concurrence sur les zones de chalandise et pourraient être abaissés pour tenir compte de cette spécificité de la distribution et des intérêts des consommateurs. La mise en œuvre par le Conseil de la concurrence de remèdes structurels adaptés permettrait par ailleurs de remettre en cause les positions dominantes acquises lorsque les seuls remèdes comportementaux se révèlent inefficaces* »³⁶. L'Autorité de la concurrence avait par la suite renforcé cette dernière requête concernant le mécanisme des injonctions structurelles dans son avis de 2012 sur la distribution alimentaire à Paris³⁷, particulièrement commenté³⁸, et on sait

³⁴ Deux « lois du pays » (c'est ainsi que l'on nomme les actes législatifs calédoniens) ont depuis été adoptées, l'une pour le droit de la concurrence et l'autre pour l'autorité en charge de son application, mais les membres de cette dernière n'ont pas encore été nommés lors de l'écriture de cet article (lois du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie et n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie). Sur le droit calédonien, voir : Béhar-Touchais M., 2014, « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence : de l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 43-52. Sur la complexe émergence de droits de la concurrence dans le Pacifique, notamment français, voir : Montet C. et Venayre F., 2012, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47.

³⁵ Rapport de l'Autorité sur les mécanismes d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 222. Notons d'ailleurs que les injonctions structurelles sont maintenant effectivement présentes en droit calédonien, selon l'article LP. 422-1, II. du Code de commerce en vigueur en Nouvelle-Calédonie.

³⁶ Avis du Conseil de la concurrence du 11 octobre 2007, *op. cit.*, point 114.

³⁷ Avis de l'Autorité de la concurrence du 11 janvier 2012, *op. cit.*, points 189 et 192-195.

³⁸ Parfois de manière très critique. Voir par exemple : Bosco D., 2012, « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 3, Mars ; Deschamps M., « L'Autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative, disposer de toutes les libertés ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 85-94. Pour une justification de la requête de l'Autorité sur les injonctions structurelles, voir : Beaumeunier V., 2013, « L'injonction structurelle outre-mer dans le commerce de détail », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 17-20.

qu'elle avait été entendue, dans le cadre de l'outre-mer du moins, par l'assouplissement des règles d'application de l'injonction structurelle³⁹.

Ainsi, si l'aménagement commercial peut soulever des problèmes de dominance sur des marchés locaux, susceptibles d'être d'autant plus problématiques que les économies présentent une faible taille, l'utilisation d'un contrôle *ex-ante*, notamment fondé sur des critères économiques, semble être pour l'Autorité une solution moins pertinente que celle qui consiste à se doter de moyens de correction *ex-post* qu'elle considère comme performants. Comme l'indique Jean-Marc Talau, il s'agit bien, dans l'avis de 2012 sur la distribution alimentaire parisienne, d'affirmer que l'urbanisme commercial répond à des logiques différentes de celles du droit de la concurrence : « *l'intérêt de l'avis de l'Autorité de la concurrence est d'illustrer le rôle que le droit de la concurrence doit tenir, à côté de l'urbanisme, en tant que législations indépendantes. La structure du marché, qui relève du droit de la concurrence et qui a été exclue totalement de l'urbanisme commercial par la CJUE, est la clé de la solution à des concentrations excessives, selon l'Autorité de la concurrence* »⁴⁰.

Pourtant, la loi sur la régulation économique outre-mer a introduit dans le droit domien (et de quelques autres collectivités ultramarines) une disposition qui renoue un lien entre droit de la concurrence et aménagement commercial.

3. Introduction de l'article L. 752-6-1 du Code de commerce et influence sur l'adoption de critères économiques

L'article 12 de la loi REOM a introduit en droit français une clause spécifique en matière d'urbanisme commercial concernant certains territoires ultramarins de la République. Il s'agit des collectivités qui relèvent de l'article 73 de la Constitution, c'est-à-dire les quatre départements d'outre-mer historiques (Guadeloupe, Guyane, Martinique et La Réunion), le récent département de Mayotte et les collectivités d'outre-mer (COM) du continent américain : Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon.

Cet article crée dans le Code de commerce l'article L. 752-6-1 qui mentionne que, pour les territoires ultramarins indiqués plus haut, « *la commission [la CDAC ou la CTAC] tient compte de la puissance économique déjà détenue dans la zone par l'entreprise qui sollicite une autorisation d'exploitation commerciale. Si sa part de marché, calculée en*

³⁹ A la suite de la loi REOM. Voir : Grall J.-C., 2012, « Vers une économie administrée dans les DOM ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 28-29 ; Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 131-140 ; Manna S., 2013, « Loi de régulation économique Outre-mer : les bases d'un droit de la concurrence ultramarin », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 125-130.

⁴⁰ Talau J.-M., 2012, « Aménagement commercial et avis de l'Autorité de la concurrence du 11 janvier 2012 (marché alimentaire parisien) », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 5, 2 février.

surface de vente, est susceptible de dépasser 50 % de la zone de chalandise après l'opération, la commission peut demander l'avis de l'Autorité de la concurrence ».

Dans le cas de ces territoires d'outre-mer, il y a donc bien introduction de critères économiques dans la procédure d'autorisation des implantations commerciales. L'étude d'impact réalisée en juillet 2012 sur le projet de loi REOM le reconnaît d'ailleurs explicitement puisqu'elle précise que cet article a pour but d'« *adapter les règles d'urbanisme commercial pour mieux prendre en compte les risques de constitution ou de reconstitution de monopoles locaux lors de l'attribution des autorisations administratives d'implantation de surfaces nouvelles, en tenant compte de la rareté du foncier disponible et des surfaces déjà détenues par l'enseigne qui propose une implantation* » (étude d'impact, p. 19).

Cependant, compte tenu du respect du droit européen que nous avons précédemment exposé (et, rappelons-le, les départements d'outre-mer étant des territoires européens), le législateur a choisi de n'introduire ce critère économique que sous la forme d'une information complémentaire fournie à la commission d'urbanisme. Ainsi l'étude d'impact précise-t-elle que la mesure ne permet pas de fonder les décisions d'urbanisme commercial sur des critères économiques : « *l'objet de la mesure est de permettre une description économique de la zone de chalandise du point de vue de la demande et donc des mouvements de clientèles, ce qui est pertinent par rapport aux critères prévus par la loi (animation de la vie urbaine et flux de transports). (...) L'option retenue est celle d'une consultation simple de l'Autorité pour éviter de lier la décision de la commission avec des critères d'analyse concurrentielle qui pourraient être contraires au droit européen.* » (étude d'impact, pp. 20-21). Cette même étude précise également (p. 34) que la « *procédure, qui n'a ni pour objet et ne saurait avoir pour effet d'instaurer des 'tests économiques', ne vise qu'à éclairer la Commission sur les enjeux de l'opération envisagée en termes de diversification de l'offre de commerces* ».

L'information fournie par l'Autorité n'est donc pas liante pour la Commission, qui conserve *in fine* son pouvoir de décision sur le projet d'implantation qui lui a été soumis. Notons d'ailleurs que cette nouvelle procédure est d'autant moins liante que la consultation de l'Autorité de la concurrence est facultative (« *la commission peut demander l'avis de l'Autorité de la concurrence* », souligné par nous), alors qu'elle était obligatoire dans le projet de loi originel (« *la commission ne peut accorder son autorisation qu'après avis de l'Autorité de la concurrence* », souligné par nous)⁴¹.

Mais il n'en reste pas moins que, par cette disposition, la loi REOM rétablit une forme de lien, qui existait au plan historique, entre urbanisme commercial et droit de la concurrence. Ce choix, tout au moins pour les petits territoires insulaires, n'est pas incohérent au regard des positions dominantes parfois fortes que l'on peut observer en outre-mer⁴². Depuis, cette inflexion de la conception des critères de l'urbanisme commercial n'a pas été sans

⁴¹ Voir l'article 6 du projet de loi de juillet 2012.

⁴² Certains auteurs ont pu d'ailleurs regretter que ce lien ne soit pas plus tôt rétabli, y compris pour les marchés métropolitains. Voir : Malaurie-Vignal, M. et Riem F., 2011, « Urbanisme commercial et droit de la concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 34, 25 Août.

conséquence sur les nouveaux droits de la concurrence qui se créent dans le Pacifique français⁴³.

Ainsi, la Nouvelle-Calédonie a choisi, en matière d'urbanisme commercial, de s'en remettre exclusivement à son autorité de la concurrence. La récente loi calédonienne prévoit en l'espèce que les opérations d'aménagement commercial doivent être directement notifiées auprès de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (article LP. 432-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie) et lors de l'étude du projet, celle-ci « *examine si cette opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* » (LP. 432-4)⁴⁴.

La Polynésie française prévoit elle aussi un dispositif similaire dans la loi du pays relative à la concurrence adoptée par l'Assemblée de la Polynésie française le 25 juin 2014. S'inspirant du droit calédonien, la notification des opérations d'aménagement commercial doit s'effectuer auprès de l'Autorité polynésienne de la concurrence (article LP. 320-1 de la loi du pays)⁴⁵. Cependant, l'article LP. 320-3, qui précise les conditions d'examen de l'aménagement commercial, diffère sensiblement du libellé calédonien, puisqu'il indique seulement que l'Autorité « *examine notamment si l'opération crée ou renforce une position dominante ou une puissance d'achat qui placerait les fournisseurs en situation de dépendance économique* ». Il est intéressant de constater que la contribution au progrès économique n'est pas prise en compte. De fait, le libellé polynésien est donc moins pragmatique que celui de la Nouvelle-Calédonie et vise plus directement à sanctionner les positions dominantes de la distribution. C'est d'ailleurs symptomatique de la démarche des rédacteurs de la loi, souvent focalisée sur la répression des positions dominantes de la distribution, comme nous l'avons déjà souligné pour des projets antérieurs⁴⁶.

Si les règles d'urbanisme commercial en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française s'inspirent explicitement de l'article L. 752-6-1 du Code de commerce français introduit par la loi REOM, on constate qu'elles vont nettement plus loin dans l'introduction de critères économiques. Cela est d'autant plus vrai que la décision finale se trouve maintenant transférée aux autorités de concurrence, ce qui pose un problème évident de compétence. Certes, une autorité de concurrence a pleine compétence en matière de critères économiques, mais l'urbanisme commercial ne saurait se restreindre à des questions économiques et concurrentielles. Bien d'autres aspects entrent en ligne de compte et le président Bruno Lasserre soulignait lui-même récemment que : « *en matière d'urbanisme commercial, l'Autorité de la concurrence est favorable à une modification en profondeur de règles qui devraient, selon elle, obéir au droit de l'environnement et au droit de la circulation plutôt*

⁴³ Les débats locaux se sont en effet, sur cette question, souvent référés à la loi REOM.

⁴⁴ En vertu de la loi du pays du 24 avril 2014, *op. cit.*

⁴⁵ De telles dispositions n'existaient pas dans des versions antérieures du projet de loi polynésien, qui connaît de nombreuses évolutions, depuis des années. Sur le parcours rocambolesque de ce projet de loi, voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles, Avril, 308 p.

⁴⁶ Voir : *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, Chapitre 8.

qu'à des critères économiques, les élus, qui gèrent la planification des sols, devant avoir la maîtrise de ces questions »⁴⁷.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le fait de prendre en considération des aspects économiques en matière d'aménagement commercial pour des territoires de petite taille ne semble pas incohérent, mais le fait de ne baser les décisions que sur ce seul aspect semble en revanche déconnecté des réalités de l'urbanisme commercial. La Nouvelle-Calédonie a pourtant fait le choix de ne s'en remettre qu'aux seuls critères économiques, ce qui conduira à ignorer des éléments qui sont pourtant d'importance dans les débats portant sur des projets d'urbanisme commercial. La Polynésie française, en revanche, a prévu, en sus des critères économiques, que l'Autorité polynésienne de la concurrence « *peut également veiller à ce que les projets (...) répondent aux exigences d'aménagement du territoire* » (article LP. 320-3), mais on peut légitimement s'interroger sur la compétence d'une autorité de concurrence pour statuer sur des questions d'aménagement.

Une autre différence doit être soulevée entre les droits des collectivités du Pacifique et les dispositions applicables de la loi REOM. Il s'agit des modalités qui déclenchent l'étude du projet d'aménagement commercial par les autorités de concurrence. Dans le cas de l'article L. 752-6-1, l'Autorité ne fournit qu'un simple avis et sa consultation est facultative, comme nous l'avons vu, mais elle ne peut être consultée que si la part de marché, calculée en surface de vente, dépasse 50 %. L'étude d'impact du projet de la loi REOM citée plus haut indiquait d'ailleurs que « *le seuil de 50% permet de réserver cet avis aux cas où l'enseigne concernée aura, du fait de ses surfaces de ventes, un pouvoir attracteur très fort dans la zone. Il n'est pas utile d'étendre cet avis aux opérations de moindre ampleur.* » (pp. 20-21).

Pourtant, pour la Nouvelle-Calédonie, les projets de création ou d'extension de magasins sont étudiés (obligatoirement et la décision finale appartenant à l'autorité de concurrence) dès lors qu'ils permettent de dépasser une surface de vente de 350 m² (LP. 432-1), ce qui constitue une approche sensiblement différente car les notifications ne sont plus subordonnées à une présence importante dans la zone de chalandise. Le projet polynésien, conçu avec la même approche, prévoit même un seuil plus faible encore, de 300 m² (LP. 320-2). L'Autorité de la concurrence, lors de son audit calédonien, avait cependant indiqué qu'avec une telle approche, « *en première analyse, un seuil de 600 m² [paraissait] adéquat* »⁴⁸.

Si le choix du seuil n'a pas en réalité une très grande importance, car le nombre de projets ne devrait pas représenter sur de petits territoires une surcharge de travail incommensurable pour l'Autorité de la concurrence, on peut en revanche être plus légitimement inquiet sur les critères qui présideront à la décision finale. Le libellé polynésien, de ce point de vue, est plus problématique encore que celui du texte calédonien. S'il devait conduire, dans la réalité, à interdire tout projet de création ou d'extension au-delà de 300 m²

⁴⁷ Audition devant la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, ouverte à la presse, de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, sur les problèmes de concurrence en outre-mer, du mercredi 4 décembre 2013, Présidence de M. François Brottes.

⁴⁸ Rapport sur les mécanismes d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, point 223.

dès lors qu'il émane d'un opérateur de taille suffisante, et indépendamment de tout autre critère, cela serait sans doute une grave atteinte à l'efficacité du commerce de détail polynésien.

4. Première application de l'article L. 752-6-1 : l'enseignement de Saint-Barthélemy

Un an après son introduction dans le Code de commerce, l'article L. 752-6-1 du Code de commerce vient de faire l'objet d'une première application dans la collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy, dans une affaire qui mérite qu'un positionnement préalable soit effectué⁴⁹.

La collectivité de Saint-Barthélemy est une petite île de 21 km² de superficie et faiblement peuplée (8 938 habitants au dernier recensement de 2010), mais accueillant un nombre assez élevé de touristes (321 000 passagers en 2012)⁵⁰. L'île compte quatre supérettes de 300 m² et un seul supermarché d'une superficie de 800 m²⁵¹. C'est ce dernier, Marché U, qui projette un agrandissement de son magasin.

Un premier projet d'agrandissement, qui prévoyait de porter à 2 000 m² la surface de vente, a été examiné par la CTAC de Saint-Martin et Saint-Barthélemy. Par une décision du 12 décembre 2012, le projet a été refusé. Ce projet revu légèrement à la baisse, une nouvelle demande a été effectuée pour une surface après opération de 1 895 m². Là encore, la CTAC a refusé cet agrandissement le 22 mars 2013 et ce second refus s'est accompagné, au titre de l'article L. 752-6-1, d'une saisine de l'Autorité de la concurrence, lui demandant de se prononcer « *sur l'impact concurrentiel et les enjeux qui découlent du projet en cause aussi bien en termes d'emplois, que de positionnement dominant* ». C'est cette saisine qui fonde l'avis ici commenté du 7 novembre 2013.

Cependant, entre le refus de la CTAC de mars et la publication de l'avis de l'Autorité en novembre, une nouvelle version remaniée de cet agrandissement, baissé cette fois à une surface de vente de 1 835 m², avait été soumise à la CTAC qui, par une décision du 6 août, l'avait finalement accepté. Notons que l'analyse économique de l'Autorité survient donc postérieurement à l'acceptation du projet, point sur lequel nous reviendrons.

L'avis rendu par l'Autorité est intéressant à bien des égards : segmentation des commerces, définition des zones de chalandise et, bien entendu, place de l'analyse concurrentielle dans les questions d'urbanisme commercial.

⁴⁹ Avis de l'autorité de la concurrence n° 13-A-20 du 7 novembre 2013 relatif au projet d'agrandissement du principal magasin alimentaire de Saint-Barthélemy. Voir : Destours S., 2014, *op. cit.*, pour un commentaire de cet avis.

⁵⁰ Ces chiffres sont extraits du rapport 2012 de l'IEDOM pour Saint-Barthélemy.

⁵¹ Avis de l'Autorité de la concurrence du 7 novembre 2013, *op. cit.*, point 7.

Concernant la définition des segments commerciaux, on sait que l'on distingue en général six grandes catégories de commerces⁵². Mais la jurisprudence du Conseil de la concurrence a établi qu'on pouvait s'abstraire pour partie du critère strict de la taille des surfaces de vente, qui permet de différencier les commerces de détail à dominante alimentaire comme celui de Saint-Barthélemy. Ainsi, le seuil de 2 500 m², qui permet de séparer les supermarchés des hypermarchés peut parfois être assoupli. Le Conseil précisait ainsi, dans un avis de 2000, que « *le critère de taille qui détermine, entre les supermarchés et les hypermarchés, l'étendue de l'assortiment des gammes, doit être utilisé dans chaque cas avec précaution, des magasins dont la surface est située à proximité du seuil qui sert à les distinguer (2 500 m²), soit en dessous, soit au-dessus, pouvant se trouver, dans les faits, en concurrence directe* »⁵³. De façon similaire, l'Autorité retient dans l'avis de Saint-Barthélemy, et comme elle l'avait déjà fait antérieurement⁵⁴, une porosité des segmentations entre supermarché (ici, de 800 m²) et supérettes (ici, de 300 m²), c'est-à-dire, indirectement, entre la grande distribution (magasins de plus de 400 m²) et le commerce de proximité. Il s'agit ici de s'adapter logiquement à la structure des commerces de l'île. S'en tenir en effet à la définition stricte des supermarchés conduirait à caractériser en l'espèce un monopole pour Marché U, ce qui n'aurait pas de sens économique. L'Autorité note ainsi que « *bien que leur surface de vente soit inférieure à 400 m², il n'est pas exclu que ces supérettes puissent concurrencer dans une certaine mesure le magasin 'Marché U'* » (point 8) ou encore qu'« *il est possible que les supérettes d'une surface proche du seuil de 400 m² exercent une certaine pression concurrentielle sur un supermarché* » (point 9).

Concernant la définition des zones de chalandise, on sait qu'elles sont traditionnellement déterminées par un temps de déplacement des consommateurs qui varie selon la taille du magasin. Ainsi, pour les commerces de proximité, on considère un temps de 5 minutes, contre 10 à 15 minutes pour les supermarchés et de 20 à 30 minutes pour les hypermarchés⁵⁵. La concentration étudiée en 2012 dans le secteur de la distribution alimentaire en Martinique n'avait pas été l'occasion de discuter de la pertinence de ces critères dans le cadre des économies insulaires, ce que nous avons regretté⁵⁶. Le maillage relativement faible des réseaux routiers dans les îles, de même que le faible nombre de zones d'emploi, conduit en effet souvent les insulaires à emprunter une route unique pour leurs déplacements professionnels et draine une partie importante des actifs vers une même zone géographique de l'île. Cette particularité ilienne pourrait en amener les habitants à se diriger vers des points de vente qui pourraient échapper à la classification généralement retenue des

⁵² Voir l'avis du Conseil de la concurrence n° 96-A-11 du 10 septembre 1996 relatif à la prise de participation, suivie d'une offre publique d'achat du capital de la société Docks de France, réalisée par la société Auchan, pp. 4-6.

⁵³ Avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-06 du 3 mai 2000 relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès.

⁵⁴ Décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité et n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Guichard-Perrachon.

⁵⁵ Avis du Conseil de la concurrence du 10 septembre 1996, *op. cit.*

⁵⁶ Décision n° 12-DCC-59 du 4 mai 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Socolma, Somacom et René Lancry (actifs du Groupe Lancry) par la société Socohold (Groupe Parfait); Venayre F., 2012, « Concentration dans la distribution alimentaire en Martinique : jusqu'où prendre en considération les spécificités ultramarines ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 12-14.

zones de chalandise et modifier le cas échéant les comportements et donc la définition des marchés géographiques pertinents⁵⁷. L'avis rendu pour Saint-Barthélemy ne permet pas d'analyser très en détail cette question, l'Autorité ne s'attardant pas sur les choix qu'elle effectue dans son avis, mais on retiendra tout de même qu'elle considère en l'espèce une zone de chalandise plus élargie que celle habituellement considérée pour les supermarchés. Alors que cette dernière s'élève comme nous l'avons vu à entre 10 et 15 minutes de temps de trajet, l'Autorité retient ici que « *la zone de chalandise du magasin 'Marché U' est définie par un périmètre comprenant au moins les supermarchés concurrents situés à moins de 15 minutes de temps de déplacement en voiture, et au plus l'ensemble de l'île de Saint-Barthélemy* » (point 6).

Sur ces questions de la segmentation des commerces et de la définition des zones de chalandise, on notera enfin que l'analyse de l'Autorité a tenu compte du nombre élevé de touristes. Cette clientèle particulière, en effet, a « *vraisemblablement une sensibilité aux prix plus faible* », étant noté que, « *suivant le profil du client, la proximité du magasin peut constituer un facteur prépondérant dans le choix du magasin, et des magasins de format différent peuvent donc se faire concurrence* » (point 10). Cependant, il n'est pas aisé de conclure explicitement sur la position de l'Autorité à l'égard de la question de l'influence de la fréquentation touristique sur la définition du marché pertinent, car si une élasticité-prix de la demande plus faible justifie d'amoindrir la segmentation des formes de commerces, elle tendrait plutôt à restreindre le temps de trajet consenti pour atteindre le point de vente. Or, c'est bien un élargissement de la zone de chalandise que l'Autorité a retenu.

L'avis de l'Autorité est enfin particulièrement intéressant au regard de la discussion sur l'influence potentielle des critères concurrentiels sur les décisions d'autorisation des aménagements commerciaux. L'Autorité a rappelé, reprenant et complétant son argument de 2007⁵⁸, qu'elle « *ne peut s'immiscer qu'avec beaucoup de prudence dans les opérations de croissance interne des distributeurs à dominante alimentaire. Une telle immixtion pourrait sinon 'brider l'expansion des entreprises les plus efficaces' sans garantie que d'autres magasins viennent s'installer. En effet, l'éventuel accroissement du pouvoir de marché consécutif à l'augmentation de la surface du magasin s'effectue non au travers du rachat de la part de marché d'un magasin concurrent existant, mais par la réalisation d'un investissement pérenne, susceptible de profiter aux consommateurs, tant grâce aux nouveaux services qu'il leur procure, que par la pression concurrentielle supplémentaire qu'il exerce sur les magasins concurrents* » (points 14 et 15).

On voit donc qu'en dépit des nouvelles attributions que l'article L. 752-6-1 du Code de commerce lui confère, l'Autorité reste très précautionneuse, conformément à sa position traditionnelle (cf. 1.), quant au contrôle *ex-ante* des implantations commerciales.

Au-delà de cette mise en garde liminaire, l'Autorité note également que la surface totale de vente sur la zone de chalandise est restée stable depuis des années, alors même que

⁵⁷ Cette remarque valant pour la population locale, le cas des touristes pouvant relever de mécanismes différents. Cf. *infra*.

⁵⁸ Avis du 11 octobre 2007, *op. cit.*

la demande a sensiblement progressé, comme en témoignent l'accroissement de la population, le développement touristique et l'évolution du chiffre d'affaires du magasin Marché U (points 17 et 18). Elle souligne enfin qu'une part importante de l'agrandissement ne sera pas dévolue à des produits alimentaires, ce qui limite la possibilité de dissuader par la suite l'entrée d'un nouveau concurrent (point 19), mais que ce projet est au contraire « *susceptible de conduire à une dynamisation de la concurrence sur la zone* », comme le prouve d'une part le fait qu'un autre concurrent ait également déposé une demande d'extension et, d'autre part, le fait que la politique du magasin Marché U ait obligé ses concurrents « *à se moderniser et à renégocier les prix auprès de leurs fournisseurs historiques, ainsi qu'auprès de nouveaux fournisseurs* » (point 20).

En conclusion, l'Autorité juge que « *les risques concurrentiels associés à cet agrandissement paraissent donc très limités et ne peuvent justifier son interdiction ex-ante sur cette base* » (point 21), d'autant plus que d'autres dispositifs légaux permettraient le cas échéant de remédier à des pratiques anticoncurrentielles : sanction de l'abus de position dominante et recours aux injonctions structurelles. Cet avis favorable est d'autant plus instructif qu'il faut rappeler que le magasin Marché U actuel, avant le projet d'agrandissement est déjà près de trois fois plus grand que chacun de ses concurrents et qu'il représente une part de marché, calculée en surface de vente, de 40 %. Or, après agrandissement, sa surface deviendrait six fois plus grande que celle de ses concurrents et porterait sa part de marché à plus de 60 %⁵⁹.

Conclusion : de l'influence du contexte concurrentiel sur les autorisations d'aménagement commercial

Pour la première fois, l'Autorité de la concurrence a été saisie pour se prononcer à titre consultatif sur le bien-fondé d'une opération d'urbanisme commercial, en vertu de l'article L. 752-6-1 du Code de commerce nouvellement introduit par la loi REOM. Les récents débats sur les économies d'outre-mer rendent cet avis particulièrement intéressant car nombreux sont les défenseurs de contraintes renforcées pour les opérateurs de grande taille dans le domaine de la distribution à dominante alimentaire. Les récentes avancées législatives dans le domaine en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française témoignent de cette volonté de coercition.

Pourtant, et sans doute à la surprise de certains ultramarins, l'Autorité n'a pas constaté d'obstacle patent à l'agrandissement demandé, en dépit même de la constitution, après autorisation de construction, d'une importante part de marché pour le magasin demandeur. A cette solution d'intervenir en amont sur les constitutions éventuelles de positions dominantes, l'Autorité a préféré opter pour une confiance renouvelée en une intervention aval renforcée, par le biais de la sanction des abus de position dominante et le recours, le cas échéant, à des cessions d'actifs par le biais du dispositif des injonctions structurelles, tel qu'assoupli par la

⁵⁹ Ce qui dépasse donc le seuil de 50 % qui autorise l'application de l'article L. 752-6-1 du Code de commerce.

loi REOM dans le cas des territoires ultramarins. L'Autorité de la concurrence reste donc très précautionneuse sur l'application de critères économiques aux décisions d'aménagement commercial.

Cependant, l'avis de l'Autorité n'est en la matière que consultatif et la commission d'urbanisme commercial conserve pleine compétence pour rendre la décision finale. De ce point de vue, il est intéressant de revenir sur la procédure concernée dans le cas de l'affaire de Saint-Barthélemy.

Nous avons vu que la CTAC avait saisi l'Autorité après son refus du 22 mars 2013. Cependant, avant que l'avis de l'Autorité ne soit rendu (le 7 novembre), elle avait à nouveau examiné ce projet pour l'autoriser finalement le 6 août 2013. La prise en compte de critères économiques dans l'analyse, permise par l'avis de l'Autorité, et les conclusions favorables qu'elle en tire, viennent donc renforcer l'accord donné par la CTAC.

Or, après cet accord du 6 août, un certain nombre de recours avaient été déposés auprès de la CNAC, entre le 27 août et le 19 septembre 2013. La CNAC a donc été amenée à reprendre l'analyse du dossier, ce qu'elle a fait le 27 novembre 2013, en disposant cette fois de l'avis de l'Autorité. On aurait pu s'attendre, l'analyse concurrentielle favorable de l'Autorité venant en renfort de l'autorisation accordée par la CTAC, à ce que la CNAC exprime également un vote positif. Pourtant, le projet a finalement été rejeté.

Parmi les recours ayant saisi la CNAC, on trouve celui d'une élue de Saint-Barthélemy, qui siège à la CTAC et s'était opposée au projet lors de la décision du 6 août, vote qu'elle avait expliqué dans la presse⁶⁰. Dans cet article, elle faisait part de son inquiétude quant à un projet jugé « *démesuré sur le plan architectural, avec un bâtiment presque aussi grand que le stade de Saint-Jean* » et « *démesuré sur le plan commercial, car il pourrait sur le papier répondre à l'ensemble des besoins des consommateurs* ». Si l'on peut considérer que le premier argument répond effectivement aux considérations classiques d'aménagement du territoire prévues à l'article L. 752-6 du Code de commerce, le second est en revanche bien d'ordre économique. D'ailleurs, l'élue précisait, dans ce même article : « *quand cette enseigne sera en position de monopole ou aura fragilisé l'ensemble des autres commerces, qui nous garantira les meilleurs prix ?* ». De telles considérations économiques justifient donc bien qu'une analyse préalable de l'Autorité de la concurrence soit menée, au titre de l'article L. 752-6-1. Mais dès lors que l'analyse économique de l'Autorité a écarté ces inquiétudes, il devient surprenant d'interdire finalement l'opération.

Cependant, la CNAC a fait valoir pour son refus un argument de circulation qui relève effectivement des critères classiques de l'urbanisme commercial (au sens de non économiques), puisqu'elle énonce dans sa décision que « *cette nouvelle implantation va concentrer les déplacements motorisés de la clientèle et des camions de livraison sur un seul site, alors que les voiries actuelles ne sont pas susceptibles d'absorber ce surplus de trafic, que le financement et le calendrier des travaux de réalisation d'une nouvelle voirie pour*

⁶⁰ Il s'agit de Mme Bettina Cointre, conseillère territoriale. Voir : « *Projet de Super U, pourquoi j'ai dit non* », *Journal de Saint-Barth*, édition du 29 août 2013.

accéder au futur ensemble commercial ne sont pas déterminés au jour où la commission nationale se prononce ». Mais la décision reprend également l'argument économique avancé par l'élue de Saint-Barthélemy dans son recours, lorsque qu'elle indique que « *la réalisation de ce projet, surdimensionné au regard des caractéristiques du commerce de l'île Saint-Barthélemy, aura pour effet de bouleverser les équilibres et les comportements locaux et de porter atteinte au maillage commercial du territoire* ».

L'esprit de l'article L. 752-6-1 était de pouvoir tenir compte de risques concurrentiels dans le contrôle *ex-ante* des opérations commerciales, avec toute la difficulté que cela représente et qui a largement été soulignée par l'Autorité de la concurrence. Sans risque avéré, seules les considérations non économiques devraient donc présider à la décision. On reste ainsi surpris par le fait qu'une commission d'urbanisme, de compétence non économique (aménagement et environnement), utilise des arguments économiques pour motiver son refus, alors même que l'autorité idoine en la matière a préalablement validé le projet sur ces seuls critères économiques.

Il n'est pas sûr que le législateur, lors de l'adoption de la loi REOM, ait envisagé la nouvelle procédure de l'article L. 752-6-1 sous cet angle-là. Cela interroge également sur le choix des législateurs calédoniens et polynésiens de s'en remettre exclusivement à leurs autorités de concurrence en matière d'urbanisme commercial, alors même que critères économiques et non économiques peuvent conduire à des choix divergents. Si une autorité de la concurrence a effectivement pleine compétence pour étudier en détail la question des éventuels impacts concurrentiels d'une implantation commerciale, on ne peut en revanche attendre qu'elle tienne compte de l'ensemble des aspects non économiques du projet. Interrogé sur le projet de loi polynésien, le CESC (Conseil économique, social et culturel de la Polynésie française) précisait ainsi dans son avis que « *l'urbanisme commercial ne fait normalement pas partie du domaine d'expertise d'une autorité de la concurrence. En effet, les décisions d'urbanisme commercial contiennent des éléments relevant de la politique publique de l'aménagement de la ville, du soutien éventuel au commerce de détail dans les rues centrales de la ville, susceptibles notamment de constituer un attrait supplémentaire pour les touristes, de la politique en matière d'environnement (problèmes de transports, encombrements, etc.)* »⁶¹. C'est pourquoi le CESC recommandait que soit maintenue la commission d'urbanisme commercial locale, appelée Commission d'implantation des grandes surfaces, de façon à ce que cette dernière puisse fournir un avis préalable à l'Autorité de la concurrence et apporter un « *éclairage circonstancié* » sur l'ensemble des questions non économiques. Sans doute cette procédure ne permettrait-elle pas de régler toutes les divergences potentielles entre critères économiques et non économiques, comme dans le cas de Saint-Barthélemy, mais elle aurait au moins plusieurs mérites. Le premier serait celui de la polyvalence des compétences dans le processus de prise de décision. Ensuite, cela assurerait une hiérarchie claire des décisions prises, celle de l'autorité de la concurrence intervenant *in fine*, contrairement à ce qui est prévu pour les autres outre-mer concernés par l'article L. 752-6-1. Enfin, l'autorité de concurrence étant par nature une autorité indépendante, cela permettrait sans doute de limiter le jeu des influences auxquelles peuvent être soumises les

⁶¹ Avis n° 07/2014 du CESC du 27 mai 2014 sur le projet de loi du pays relatif à la concurrence, p. 8.

commissions d'urbanisme. Dans le cas de Saint-Barthélemy, les décisions contradictoires, d'abord de la CTAC elle-même, puis finalement de la CNAC, ne favorisent en effet certes pas le développement de la confiance à l'égard des décisions d'aménagement commercial.