

Analyse et propositions

relatives à la RECOMMANDATION n° 2018-R-01 du 5 juin 2018 relative à la modernisation des dispositions du code de commerce relatives à la liberté des prix et à la concurrence émise par l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie

Sommaire

Avant propos

Résumé

- 1- Analyse des modifications proposées par l’Autorité de la Concurrence relatives au titre II du livre IV code du commerce - *Des pratiques anticoncurrentielles et des situations soulevant des préoccupations de concurrence.***
 - a. S’agissant de l’abus de dépendance économique (point 26)
 - b. S’agissant de la suppression de l’interdiction des prix ou pratiques de prix de vente abusivement bas (article 8- points 28 à 32).

- 2- Analyse des modifications proposées par l’Autorité de la Concurrence relatives au titre IV du livre IV du code du commerce - *De la transparence et des pratiques restrictives de la concurrence.***
 - a. Concernant la suppression de l’interdiction de facturer des remises différées (article 29 – Point 67)

 - b. Concernant la suppression l’interdiction de revente à perte (article 29 – Point 68 à 74)

Avant Propos

Conformément à son règlement intérieur, l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie s'est autosaisie par la décision n° 2018-SO-01 du 27 mars, en vue d'examiner l'opportunité d'émettre une recommandation à l'attention du Gouvernement portant sur la modernisation des dispositions du code de commerce relatives à la liberté des prix et à la concurrence

La Fédération des industries de Nouvelle-Calédonie a pris connaissance de la recommandation n°2018-R-01 du 5 juin 2018 et souhaite apporter son analyse et une critique constructive à certaines recommandations de l'Autorité relatives aux titres II et IV du livre IV du code du commerce de Nouvelle-Calédonie

Résumé

En ce qui concerne l'abus de dépendance économique, la FINC approuve l'évolution rédactionnelle proposée par l'Autorité mais la considère insuffisante. Elle propose que l'article Lp.421-2 soit ainsi complété :

« Lorsque l'une au moins des parties exploite un ou plusieurs magasins de commerce de détail, la situation de dépendance économique est caractérisée, au sens de l'alinéa précédent, dès lors que le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable. Cette situation est présumée dès lors que le fournisseur réalise une part de son chiffre d'affaires, auprès du distributeur d'au moins 20%. »

En ce qui concerne la suppression de l'interdiction des prix ou pratiques de prix de vente abusivement bas, la FINC est opposée à la suppression de cette disposition (Lp 421-5) pour les raisons évoquées ci-après. Il convient de remarquer que le législateur de l'Etat s'est récemment penché sur la situation des territoires ultra-marins en matière de prix abusivement bas. Ces territoires sont réputés pour leur vie chère. Pourtant le législateur n'a pas supprimé l'interdiction mais a au contraire prévu des dispositions supplémentaires applicables à ces territoires.

Pour ce qui est de supprimer l'interdiction de facturer des remises différées (article 29 – Point 67), la FINC n'y est pas opposée mais tient à affirmer sa volonté de voir sanctionner les pratiques de réduction de prix rétroactives telles qu'interdites par l'article Lp 442-6 II.

Enfin, **sur le fait de supprimer l'interdiction de revente à perte** (article 29 – Points 68 à 74), la FINC recommande le maintien de la législation de la revente à perte tant que n'aura pas été établie de manière irréfutable sa contrariété avec le droit de l'Union Européenne ou son absence d'utilité.

1- Analyse des modifications proposées par l'Autorité de la concurrence relatives au titre II du livre IV code du commerce - *Des pratiques anticoncurrentielles et des situations soulevant des préoccupations de concurrence.*

a- S'agissant de l'abus de dépendance économique (point 26)

L'Autorité de la concurrence indique : « *Les modifications proposées à l'article Lp.421-2 permettent de distinguer clairement l'abus de position dominante, d'une part, et l'abus de dépendance économique, d'autre part. Par ailleurs, cette rédaction vient préciser que l'abus de dépendance économique n'est caractérisé que si celui-ci affecte le fonctionnement ou la structure de la concurrence. Il convient en effet de distinguer « l'abus de dépendance économique » que peut sanctionner l'autorité au titre des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques restrictives de concurrence visées à l'article Lp.442-6-I 3° du code qui peuvent être caractérisées par un abus de la relation de dépendance. »*

Elle propose de ce fait, que l'article Lp 421-2 soit rédigé comme suit :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article Lp. 421-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article Lp. 442-6 ou en accords de gamme. ».

La FINC approuve cette évolution mais la considère insuffisante. La notion juridique d'abus de dépendance économique s'avère en l'état extrêmement difficile à caractériser, car il convient en premier lieu de démontrer l'état de dépendance, puis l'abus, et enfin l'affectation du marché. Or s'agissant du premier critère, il est considéré que quatre conditions cumulatives sont nécessaires :

- L'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur ;
- L'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés ;
- L'absence de choix stratégique du fournisseur de concentrer ses ventes auprès du distributeur ;
- L'absence de solutions alternatives pour le fournisseur.

L'Autorité de la Concurrence de l'Etat reconnaît¹ que « ces critères ne sont pas toujours adaptés, ou sont insuffisants. En réalité, les pouvoirs de négociation respectifs des fournisseurs et des distributeurs dépendent largement des alternatives auxquelles ceux-ci pourraient recourir en cas d'échec éventuel de leurs négociations (...). L'analyse doit tenir compte des options de sortie respectives des parties » (considérant n°244).

S'agissant du seuil, l'Autorité de la Concurrence de l'Etat, si elle admet qu'il n'existe pas de seuil précis « dont le dépassement pourrait constituer un indice d'état de dépendance économique, souligne l'intérêt du « taux de menace » « au-delà duquel la survie d'un fabricant pourrait être remise en cause en cas de disparition de ce débouché, dans la mesure où cela conduirait, à plus ou moins brève échéance, le fournisseur vers une situation financière difficile, voire une faillite ». Ce seuil, qui résulte de la décision de la Commission européenne (décision du 3 février 1999 Rewe/Meinl, repris dans la décision Carrefour-Promodes), permet d'établir qu'au-delà, « un producteur ne pouvait remplacer la perte d'un client sans subir des pertes financières considérables. Ce seuil est désormais référent en matière de concentration. Dans l'avis précité, l'Autorité estime que ce taux « serait en moyenne de 20% » (considérant 253 de l'avis du 31 mars 2015).

La FINC préconise la modification des critères d'application en deux points :

- la survie de l'entreprise comme condition d'applicabilité
- l'introduction d'un seuil légal de dépendance pour le secteur de la grande distribution

La FINC propose que l'article Lp.421-2 proposé par l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie soit ainsi complété :

« Lorsque l'une au moins des parties exploite un ou plusieurs magasins de commerce de détail, la situation de dépendance économique est caractérisée, au sens de l'alinéa précédent, dès lors que le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable. Cette situation est présumée dès lors que le fournisseur réalise une part de son chiffre d'affaires, auprès du distributeur d'au moins 20%. »

¹ Avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution

b- S'agissant de la suppression de l'interdiction des prix ou pratiques de prix de vente abusivement bas (article 8 - Points 28 à 32).

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie indique :

« 28. Les dispositions de l'article Lp.421-5 consacrent l'interdiction des prix ou pratiques de prix de vente abusivement bas.

29. Issue des dispositions du code de commerce de l'Etat anciennement étendues à la Nouvelle-Calédonie, cette mesure avait été ajoutée en 1996 pour appréhender le prix de la baguette à un franc, mais n'a jamais été appliquée.

30. La doctrine est en conséquence unanime pour supprimer cette interdiction. Il convient en outre de signaler que d'éventuels prix abusivement bas pourraient être appréhendés comme des prix prédateurs en cas d'abus de position dominante.

31. L'interdiction actuellement posée par l'article Lp. 421-5 est d'autant moins adaptée à la Nouvelle-Calédonie que le pays rencontre plus de difficultés avec des prix excessifs qu'avec des prix trop bas. Il convient également de souligner l'existence de nombreuses réglementations encadrant le niveau des prix, les prix plancher constituant autant de prix minimum.

32. Il est donc proposé de supprimer les dispositions de l'article Lp.421-5 et de réserver cet article. »

Le texte prévoit actuellement :

Article Lp. 421-5 : *« Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits ».*

La FINC est opposée à la suppression de ce texte pour plusieurs raisons :

- L'Autorité de la concurrence tire de la situation actuelle de certains produits dont le prix serait trop élevé, une règle générale qui s'appliquerait à tous les produits de manière immuable. Ainsi, indépendamment de certains produits dont le prix est aujourd'hui considéré comme trop cher, rien ne permet de considérer que d'autres produits seraient ou pourraient être revendus à un prix trop bas. Même dans le cas où l'on pourrait affirmer que la situation ne se rencontre pas en Nouvelle-Calédonie à l'heure actuelle, il est important de noter que le rôle de la Loi est non seulement d'encadrer ou d'interdire des comportements actuels mais également d'anticiper les situations futures même si elles sont peu probables.

- Il est indiqué que « *Il convient en outre de signaler que d'éventuels prix abusivement bas pourraient être appréhendés comme des prix prédateurs en cas d'abus de position dominante* ». Or, pour être considéré comme un prix prédateur, l'entreprise qui le pratique doit être en position dominante, ce qui reste une situation exceptionnelle qui ne permet pas de couvrir la pratique de ceux qui désorganiserait le marché sans pour autant être en position dominante sur celui-ci.
- Il est enfin indiqué « *La doctrine est en conséquence unanime pour supprimer cette interdiction* » sans que cette affirmation ne soit étayée par la moindre référence.

Il est au contraire important de remarquer que **le législateur de l'Etat s'est récemment penché sur la situation des territoires ultra-marins en matière de prix abusivement bas. Ces territoires sont réputés pour leur vie chère. Pourtant le législateur n'a pas supprimé l'interdiction mais a au contraire prévu des dispositions supplémentaires applicables à ces territoires** (Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique – Article 64).

Ce texte prévoit :

« En Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion et dans le Département de Mayotte, lorsque des denrées alimentaires identiques ou similaires à celles qui sont produites et commercialisées localement sont proposées aux consommateurs à des prix manifestement inférieurs à ceux pratiqués dans l'hexagone, la conclusion d'un accord entre les acteurs de l'importation, de la distribution, d'une part, et ceux de la production et de la transformation locales, d'autre part, peut être rendue obligatoire par le représentant de l'Etat. Celui-ci prend en compte les volumes de produits concernés, la situation économique des producteurs locaux et l'intérêt des consommateurs à très faibles revenus. Cet accord, dont la négociation est conduite sous l'égide de l'État et des collectivités compétentes en matière de développement économique, doit mentionner les opérations continues menées par la distribution afin d'offrir au consommateur des denrées produites localement ainsi que la politique menée par les producteurs locaux afin de satisfaire au mieux les besoins des consommateurs. L'accord est rendu public par arrêté préfectoral. »

2- Analyse des modifications proposées par l'Autorité de la Concurrence relatives au titre IV du livre IV du code du commerce - De la transparence et des pratiques restrictives de la concurrence.

a- Concernant la suppression de l'interdiction de facturer des remises différées (article 29 – Point 67)

La FINC n'est pas opposée à la suppression des remises différées dans la mesure où cette disposition pose des difficultés d'interprétation et crée une segmentation entre des remises très comparables (réduction de prix inconditionnelle immédiatement déduite autorisée et réduction de prix inconditionnelle fin de mois interdite).

En revanche, la FINC tient à affirmer sa volonté de voir sanctionner les pratiques de réduction de prix rétroactives telles qu'interdites par l'article Lp 442-6 II : « *Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan, la possibilité :*

- de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale, (...) ».

b- Concernant la suppression de l'interdiction de revente à perte (article 29 – Points 68 à 74)

Il est indiqué que : « (...) *ce dispositif n'est que très rarement appliqué* ».

L'affirmation de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'est pas complète. Il serait plus exact d'indiquer : « *Or, ce dispositif n'est que très rarement sanctionné par les autorités* ».

La fréquence d'application d'un texte n'est que le pâle reflet de son utilité. Il existe de nombreuses hypothèses qui expliquent l'absence d'application d'un texte :

- Aucune enquête n'est diligentée pour vérifier son respect
- Le texte est respecté par les opérateurs économiques
- Etc.

Il est indiqué que « *la revente à perte peut être bénéfique aux consommateurs en favorisant la baisse des prix* ».

Sans pouvoir contester cette affirmation, on remarquera qu'elle est partielle.

La revente à perte peut également s'avérer contraire aux intérêts des consommateurs dans la mesure où elle entraîne à travers la péréquation de marge, l'augmentation des marges sur d'autres produits.

Potentiellement, rien n'interdit d'imaginer par exemple que dans certains cas, les produits importés fassent l'objet de ventes en-dessous du seuil de revente à perte

alors que les produits locaux compenseraient cette marge négative ; ceci aurait des conséquences désastreuses pour l'industrie locale.

L'Autorité indique avoir constaté en métropole, que « *l'Association française d'étude de la concurrence appelle à la suppression de l'interdiction de la revente à perte en soulignant l'existence de dispositions plus efficaces qui l'englobent, telles que la sanction des pratiques de prix prédateurs et de celles des prix abusivement bas* ».

Or la position de l'Association française d'étude de la concurrence est beaucoup plus nuancée :

« Ces dispositions pourraient être remises en question à l'épreuve de la directive européenne 2005/29/CE (II).du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Il convient de préciser que, selon l'interprétation qu'en a faite la Cour de justice, une réglementation, même destinée à des professionnels, peut relever de son champ d'application, dès lors qu'elle poursuit partiellement un objectif de protection des consommateurs. Or, si la revente à perte constitue une pratique commerciale au sens de la directive, elle ne figure pas dans la liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances, de sorte qu'elle ne peut être interdite per se lorsque la revente s'effectue auprès des consommateurs., La législation française semble donc contrevenir à la directive européenne.

Il semble souhaitable à une partie du groupe de travail que les articles L.442-2 et suivants soient supprimés en raison de leur éventuelle incompatibilité avec le droit de l'Union européenne et de l'existence des dispositions relatives aux prix prédateurs et aux prix abusivement bas. A défaut il faudrait à tout le moins, mettre cette disposition en conformité avec la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Il reviendrait alors aux juges de déterminer si la pratique revêt un caractère déloyal ou non selon les secteurs d'activité et les circonstances de chaque espèce » (Souligné par nos soins).

On remarquera que :

- La préconisation n'a pas fait l'unanimité au sein du groupe de travail. En effet, la question de la conformité de la législation française avec le droit de l'Union Européenne est une question éminemment complexe. En résumé, la législation relative au seuil de revente à perte pourrait être reconnue contraire au droit de l'Union Européenne si cette législation était considérée comme protégeant même partiellement les intérêts du consommateur. A ce titre, l'on pourra remarquer que l'Autorité a elle-même indiqué que « *par définition la revente à perte peut être bénéfique aux consommateurs en favorisant la baisse des prix* ». On voit donc que l'affirmation selon laquelle l'interdiction de revendre des produits à un prix trop bas protégerait les intérêts des consommateurs est loin d'être évidente.
- Comme il a été dit ci-dessus, pour être considéré comme un prix prédateur, l'entreprise qui le pratique doit être en position dominante, ce qui reste une situation exceptionnelle qui ne permet pas de couvrir la pratique de ceux qui

désorganiserait le marché sans pour autant être en position dominante sur celui-ci.

On pourra remarquer que l'Autorité de la concurrence oublie de préciser que :

- la vente au seuil de revente à perte, est une revente à perte économique puisque le revendeur ne prend en compte aucun des coûts de distribution et pour le transport ne prend en charge que le prix du transport et pas son coût ; donc, même en respectant le seuil de revente à perte le distributeur réalise une marge largement négative.
- l'Etat prévoit de rehausser en métropole le seuil de revente à perte pour les denrées alimentaires ce qui prouve que la revente à perte peut-être dangereuse particulièrement quand l'amont de la filière est fragile.

En conséquence, la FINC recommande le maintien de la législation de la revente à perte tant que n'aura pas été établie de manière irréfutable sa contrariété avec le droit de l'Union Européenne ou son absence d'utilité.