

SEPTEMBRE 2012

## FLASH CONCURRENCE N° 11

### Vers une économie administrée dans les DOM ?

Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Philippe Jouvet

Grall & Associés est partenaire des prochains rendez-vous de LSA les 3, 4 et 5 octobre 2012 (voir page 4).



**La route est longue, de Dunkerque à Fort-de-France, et plus encore, de Brest aux îlots du Pacifique, de sorte que, pour les consommateurs français établis en outre-mer, éloignement et insularité riment très fréquemment avec vie chère, voire avec pauvreté...**

Envisagé au regard du droit de la concurrence, il ne s'agit pas là d'une nouveauté et, à ce propos, on rappellera qu'à l'occasion d'un avis n°09-A-45 en date du 8 septembre 2009, l'Autorité de la concurrence avait déjà défini la nature des dysfonctionnements structurels propres aux marchés ultramarins.

Notamment, l'Autorité de la concurrence relevait que les spécificités de ces marchés (petite taille, éloignement des principales sources d'approvisionnement, taxe d'octroi de mer, etc.) ne suffisaient pas à expliquer l'importance des écarts de prix constatés entre la métropole et les DOM pour les produits de grande consommation : selon les relevés effectués par la DGCCRF sur un échantillon d'environ 75 produits importés de métropole dans les quatre DOM, les écarts de prix en magasin avec la métropole dépassaient 55 % pour plus de 50 % des produits échantillonnés.

Ces écarts seraient, selon l'Autorité de la concurrence, le fait du manque de concurrence dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, avec des barrières à l'entrée spécifiques (longueur des circuits logistiques vers les territoires ultramarins, rareté et prix élevé du foncier commercial) et un niveau de concentration élevé.

Nous ne reviendrons pas davantage dans le cadre de ce « *Flash concurrence* » sur cet avis particulièrement important de l'Autorité de la concurrence.

Ce qui est certain, c'est que les conclusions de cet avis n'ont manifestement pas laissé le gouvernement indifférent, ainsi qu'en témoigne le projet de loi présenté au conseil des ministres le 5 septembre 2012 qui, s'il est adopté, pourrait aisément être qualifié de loi d'exception ultramarine tant les mesures proposées paraissent relever d'un remède de cheval qui serait apporté aux difficultés économiques locales...

A l'origine de ce texte, le gouvernement rappelle, en guise de diagnostic, le fait que dans les collectivités territoriales d'outre-mer et, plus particulièrement encore dans les départements et régions d'outre-mer, les économies locales se caractérisent par des marchés naturels étroits, éloignés de la métropole, peu ouverts sur leur environnement régional et très cloisonnés. Du fait de ce que les auteurs du projet qualifient de monopoles ou oligopoles qui seraient liés à l'étroitesse du marché ou aux réseaux d'acheminement, ces derniers relèvent que les conditions d'une concurrence saine peuvent être affectées, tant d'un point de vue horizontal par la présence de peu d'acteurs sur un même marché que du point de vue vertical, par un même phénomène qui se retrouverait à plusieurs étapes d'une même filière.

En guise de thérapie, les auteurs du projet de loi prévoient par conséquent une méthode en six points, qui sont les suivants :

- **L'article 1<sup>er</sup>** prévoit les mesures permettant d'imposer aux monopoles ou oligopoles privés des obligations d'accès aux biens indispensables à la concurrence sur les marchés aval et, pour cet accès, de définir des principes tarifaires objectifs et non discriminatoires. Il donne, en outre, les moyens de sanctionner la méconnaissance des prescriptions réglementaires fixées par le Gouvernement. A ce titre, il est renvoyé à l'Autorité de la concurrence et aux procédures prévues pour les modalités de saisine et d'instruction des affaires.
- **L'article 2** permet d'interdire les clauses des contrats commerciaux accordant des droits d'importation exclusive à un opérateur dans les collectivités d'outre-mer lorsqu'elles ne sont pas justifiées par des motifs économiques objectifs.
- **L'article 3** donne la possibilité aux collectivités territoriales d'adresser au ministre chargé de l'économie une demande tendant à saisir l'Autorité de la concurrence pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Compte tenu de leur implication dans la vie économique locale, il apparaît légitime de donner aux exécutifs locaux la possibilité d'alerter le Gouvernement de pratiques de nature à altérer le jeu de la concurrence.
- **L'article 4** abaisse à 5 M€ le seuil de 7,5 M€ pour le contrôle des concentrations dans le commerce de détail en outre-mer. En métropole, un seuil trois fois plus bas a été retenu pour la distribution de détail par rapport aux autres secteurs économiques (15 M€ / 50M€). Par symétrie, un seuil de 5 M€ est envisagé pour le commerce de détail, en cohérence avec le seuil de 15 M€ applicable aux autres secteurs économiques en outre-mer. Cette diminution du seuil de concentration permettrait de contrôler quasiment toutes les opérations portant sur des surfaces de ventes supérieures à 600 m<sup>2</sup>, sur la base d'un chiffre d'affaires réaliste de 8 000 à 9 000 €/m<sup>2</sup>.
- **L'article 5** donne à l'Autorité de la concurrence un pouvoir d'injonction structurelle en matière de grande distribution, pour l'outre-mer, qui serait mis en œuvre en cas de constatation par l'Autorité d'une position dominante qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges abusifs. Après avoir fait connaître les préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe exploitant le ou les magasins de commerce de détail en position dominante, l'Autorité laisse deux mois à l'entreprise ou au groupe pour proposer des engagements. À défaut ou en cas d'engagements insuffisants, l'Autorité de la concurrence « *peut, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises concernées et à l'issue d'une séance devant le collège, leur enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui limite le libre jeu de la concurrence. Elle peut, dans les mêmes conditions, leur enjoindre de procéder à la cession de surfaces,*

*si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective (...)*» (Nouvel article L.752-27 du Code de commerce). On se souvient que cet outil d'injonction structurelle avait été réclamé au législateur par l'Autorité dans son avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris. Un tel outil est indispensable, selon l'Autorité, pour permettre la remise en cause de situations acquises qui, sans cela, ne pourraient être examinées par l'Autorité que dans le cadre d'une procédure contentieuse. L'utilisation de cet outil soulève toutefois des interrogations légitimes en termes de standard de preuves retenu par l'Autorité de la concurrence, puisque l'Autorité pourrait, conformément à l'article L.752-27 du Code de commerce, enjoindre à un groupe de distribution de céder des surfaces de vente, seulement sur la base de la constatation de simples « *préoccupations de concurrence* » et en se délestant donc de la difficulté de démontrer l'existence d'une véritable infraction au droit de la concurrence, à savoir un abus de position dominante ...

- **L'article 6** adapte les règles d'urbanisme commercial pour mieux prendre en compte les risques de constitution 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. Il est proposé d'ajouter un article « *oultre-mer* » à la partie du code de commerce relative aux décisions de la commission départementale d'équipement commercial, en posant le principe d'une consultation de l'Autorité de la concurrence avant d'autoriser une implantation susceptible de permettre à l'enseigne de dépasser 50 % de surface de la zone de chalandise après l'opération.

Ainsi qu'on le voit, plus que jamais, le droit de la concurrence français semble s'orienter vers un système à deux vitesses, qui aura nécessairement pour conséquence d'impacter sensiblement l'activité des entreprises et de rendre plus complexe le jeu des transactions et des acquisitions ultramarines.

Libre concurrence en métropole, régulation poussée en outre-mer, pourrait-on dire ... Le principe de continuité territoriale s'applique-t-il toujours au droit économique ? On peut légitimement se poser la question.

## Le cabinet Grall & Associés est partenaire des prochaines Rencontres LSA

### Le rendez-vous incontournable des négociations commerciales LSA : « Préparez vos négociations commerciales 2013 ! »

#### Les Rencontres LSA - les 3, 4 et 5 octobre 2012

Jean-Christophe Grall interviendra à cette occasion lors de la première journée sur les thématiques suivantes « Jurisprudence et perspectives réglementaires : le préalable de vos négociations 2013 » afin « d'appréhender le cadre juridique et jurisprudentiel évolutif qui régit les négociations.

#### Points forts :

- Le rendez-vous de l'année des Négociations commerciales
- Un plateau d'exception réunissant les dirigeants de la grande consommation
- Avec la participation de Michel-Edouard Leclerc et Serge Papin

#### Actualité :

- Les distributeurs et industriels prennent la parole sur les négociations dans le contexte de crise actuel.
- LME : quelle évolution du cadre législatif et jurisprudentiel et quel impact sur le climat des négociations ?
- Quelles stratégies mener pour sortir de la crise et réussir à se différencier ?
- Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy animeront la journée de formation LME-Négociations commerciales du 4 octobre 2012.

Pour toute inscription à cette formation, veuillez vous rendre à l'adresse suivante :  
<http://evenements.infopro.fr/lisa/?p=60&sp=1&evenementId=148>

### Les formations de Grall & Associés : LME, négociations commerciales 2013

#### Le mardi 6 novembre 2012

Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy interviendront à cette occasion.

#### Les objectifs poursuivis :

- Maîtriser les aspects juridiques des négociations commerciales dans le cadre de la LME
- Connaître la qualification des avantages financiers versés par un fournisseur à ses clients et les obligations induites en termes de facturation de services ou de mention sur facture des réductions de prix
- Savoir rédiger un plan d'affaires annuel rendu obligatoire par la LME et dont la signature avant le 1er mars de chaque année est impérative
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit Antitrust
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle de la CEPC, des services de la DGCCRF et des tribunaux

Pour toute inscription à cette formation, veuillez vous rendre à l'adresse suivante :  
<http://www.grall-legal.fr/GRALL-PROGRAMME-FORMATION1-LME.pdf>