



VOEU N° 03/2009

La négociation commerciale hors facture (les marges arrière et autres pratiques.)



Adopté en commission, le 03-04-09
Adopté en Bureau, le 27-05-09
Adopté en séance plénière, le 10-07-09

RAPPORT N° 03/2009

Le conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 155 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n° 03/CP du 05 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n° O2-CES/2005 du 19 mai 2005 portant règlement intérieur du conseil économique et social, modifiée par la délibération n°03-CES/2009 du 20 février 2009,

Vu la proposition du bureau du CES en date du 29 juillet 2008, relative à la mise en place d'une autosaisine *concernant la négociation commerciale hors facture (les marges arrière et autres pratiques)*. Il a confié le soin d'instruire ce dossier à la commission de développement économique, de la fiscalité et du budget.

Elle s'est réunie à de nombreuses reprises, à savoir :

REPUBLIQUE FRANCAISE

DATES	LES INVITES AUDITIONNES
29/07/08	Une délégation d'experts mandatée par l'USOENC, comprenant : -Monsieur Didier GUENANT-JEANSSON , secrétaire général de l'USOENC, -Monsieur Trevor UNDERWOOD , représentant l'USOENC, -Monsieur Philippe MORVANOU représentant le cabinet SYNDEX, -Monsieur Stéphane CORTET représentant la direction de la filiale polonaise du même cabinet, -Monsieur Christian DUCHENE.
12/08/08	Réunion de cadrage.
10/09/08	-Monsieur Thierry GEORGES , directeur des affaires économiques (DAE), accompagné de madame Laure LE GARJEAN , chef du service de la concurrence et de la répression des fraudes à la DAE.
25/09/08	-Madame Marie-Rose DOUYERE , présidente du syndicat des importateurs et distributeurs de Nouvelle-Calédonie, -Monsieur Michel MEES , représentant le groupe LAVOIX, -Monsieur David GUYENNE , représentant le groupe SUPER U, -Monsieur Michel DELHOME , représentant le groupe KENU IN (SDD-SDG-SIB-Arizona).
08/12/08	-Monsieur Philippe GERMAIN , président de la FINC.
10/12/08	-Monsieur Michel LASNIER , président du syndicat des commerçants de Nouvelle-Calédonie.
16/12/08	Réunion de travail.
20/12/08	-Monsieur Michel DELHOME , représentant le groupe KENU IN (SDD-SDG-SIB-Arizona). -Monsieur Guy LEPAPE , représentant du groupe LAVOIX (SCIE), accompagné de monsieur Mickael L'HERMITTE , responsable des achats à la SCIE, - Monsieur David GUYENNE , représentant le groupe SUPER U.
	Lesquels ont apporté un précieux concours aux travaux du conseil économique et social.
28/01/09	Réunion de synthèse
03/04/09	Examen et approbation.
23/04/09	Bureau
05/05/09	Réunion de travail
27/05/09	Bureau
10/07/09	Séance plénière
12	15

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I – Le domaine d’application général des relations commerciales dites arrières.

A/ De quoi se composent ces relations

B/ La définition des marges arrière

C/ Un peu d’histoire

II – Le contexte calédonien

A. Ce que dit la réglementation locale

B. Les pratiques commerciales (arrière) en Nouvelle-Calédonie

1/ les marges arrière et les remises différées.

2/ le droit de référencement (têtes de gondoles, mètres linéaires,...)

3/ le merchandising.

III – Ce que dit la LME¹ sur les marges arrière

A. La LME en France

B. La LME et la Nouvelle-Calédonie

IV – Conclusion et propositions

¹ LME : loi de modernisation de l’économie.

VOEU N° 03/2009

INTRODUCTION

Les pratiques commerciales ont évolué au fil des années en fonction des réglementations mises en place pour palier les dérives dans ce domaine. En effet, il est constaté en Métropole mais aussi en Nouvelle-Calédonie, un déplacement de la négociation commerciale sur facture vers celle hors facture qui se pratique après la revente des produits. Cette forme de concurrence n'incite pas vraiment à une réduction des prix de vente aux consommateurs. Les principaux intervenants sur le marché (grands groupes de distribution) sont peu nombreux ce qui influence considérablement la fixation des prix.

L'un des problèmes posé par le marché calédonien, est qu'il n'est pas totalement ouvert et qu'il existe un fort protectionnisme par secteur, découlant du problème de l'étroitesse du marché. Cette situation permet aux entreprises bénéficiaires d'être maître de la fixation du prix, sauf ceux réglementés, et de maximiser leur profit au détriment du consommateur.

De plus, le nombre de producteurs est faible et la production locale est périodiquement insuffisante, ce qui impacte une forte dépendance vis-à-vis de l'importation qui engendre un important surcoût dû aux taxes, à savoir :

- ◆ **La TFA** ou taxe sur le fret aérien, exception faite pour certains produits (lait, riz, blé et ses farines, etc.),
- ◆ **La TSPA** ou taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires,
- ◆ **La TCPPL** ou taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale.

Ces deux dernières taxes sont exigibles sur les produits importés concurrents des produits susceptibles d'être obtenus ou fabriqués localement. Ces surtaxes et les restrictions liées aux quotas d'importation, rentrent pleinement dans le calcul du prix de revient d'un produit.

Pour aider à la bonne compréhension de certains termes, il est important à ce stade d'expliquer les termes « **prix de revient** » qui sont utilisés quand on se place du point de vue du fournisseur/fabriquant calculant son prix de vente en y incluant ses propres charges, contrairement à ceux de « **seuil de revente à perte** » qui sont employés quand on se place du côté de l'acheteur/distributeur qui après l'achat au fournisseur inclut lui aussi ses charges.

Cependant, cette étude ne prendra pas en compte la structure des prix, les diverses taxes à l'importation, les marges avant et le fret qui sont des thématiques qui feront l'objet d'une étude à part entière (correspondent à la différence entre le prix de vente au consommateur et le prix facturé par le fournisseur, remises sur factures déduites. C'est la partie visible de la relation commerciale).

En conséquence, pour commencer, il est important d'appréhender le domaine d'application général de ces relations commerciales arrière ainsi que le contexte calédonien tant sur le plan juridique que pratique.

Puis nous étudierons l'impact de la LME² en France dans le cadre de cette étude et l'apport de ce type de réglementation en Nouvelle-Calédonie, pour conclure sur des propositions.

I – Le domaine d'application général des relations commerciales dites arrière

A/ De quoi se composent ces relations

Ces pratiques commerciales n'apparaissent pas sur les factures de vente, elles ont toutes comme but l'obtention d'une remise appelée aussi marge ou d'un avantage en nature, au profit du distributeur qui ne pourra en tenir compte dans le calcul de son prix de vente au consommateur ; puisque non intégrables dans le seuil de revente à perte³.

Ces marges dépendent d'éléments de la vente et se calculent, généralement, en fin d'année.

Ces marges arrière se composent de :

1. remises conditionnelles qui peuvent être aussi sous forme d'avoirs (trimestriels ou annuels) au profit du distributeur,
2. coopération commerciale pour services rendus facilitant ainsi la commercialisation par la mise en avant des produits (têtes de gondoles, catalogues, etc.),
3. services distincts qui sont offerts par le distributeur qui n'est pas en relation avec la revente des produits (statistiques, études macro-économiques, etc.)

B/ La définition de ces pratiques commerciales appelées marges arrière.

La marge arrière est constituée de la partie non visible de la relation commerciale, c'est-à-dire non mentionnée sur la facture de vente produit. La coopération commerciale est une pratique qui consiste pour le fournisseur, à reverser de l'argent à un distributeur, à qui il a vendu un produit (réductions de prix hors facture). En échange le distributeur doit favoriser ledit produit au sein de son enseigne (têtes de gondoles, surfaces de linéaire, présence dans les catalogues,...). En principe, ces remises hors factures couvrent les frais engendrés par ce service rendu. Cette marge arrière est une rémunération que le distributeur n'inclue pas dans son prix de revient⁴, d'où l'aspect qui peut paraître opaque des facturations.

² LME : loi de modernisation de l'économie.

³ SRP : cette notion concerne le distributeur.

⁴ Prix de revient : cette notion concerne le fournisseur.

D'un point de vue pratique cela correspond à la formule suivante :

Marge arrière = prix net sur facture moins triple net
(c'est-à-dire le prix réellement payé par le distributeur)

Le triple net est le prix réel facturé au distributeur, déduction faite des réductions de prix conditionnelles⁵ hors factures et des accords de coopération commerciale et des services distincts.

A titre d'information et pour faire le parallèle, les marges avant se calculent de la sorte :

Marge avant = prix vente au consommateur moins prix net sur facture
(facturé par le fournisseur)

Le prix net sur facture comprend les remises sur factures acquises à la date de la vente.

(Confère le tableau de la DAE en page 11)

D'un point de vue économique la définition de la marge arrière est la suivante :

Selon le lexique d'économie Dalloz se sont des :

"Sommes ou avantages exigés par les grandes surfaces en échange d'un contrat, un référencement dans un catalogue, de fournitures, de statistiques, de vente, d'un bon positionnement dans les rayons, etc. On parle encore de coopération commerciale, dans ce cas ce n'est plus une somme exigée par la grande surface mais une somme payée par les fournisseurs aux distributeurs. Originellement, la notion de marges arrière, ou rétro-commission, désignait des rémunérations ou des remises différées versées par le fournisseur au distributeur."

Selon le rapport d'activité de 2004 du service central de la prévention de la corruption (service interministériel placé auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice) : *"le système des marges arrière consiste, pour la grande distribution, dans le fait de négocier des conditions avantageuses hors facture de vente, par la facturation ultérieure au fournisseur de prestations, en principe réelles, telle que la promotion du produit, sa mise en valeur dans les rayons, notamment par rapport à d'autres produits de même catégorie, etc. L'obtention de ces conditions avantageuses, qui n'apparaissent pas sur la facture de vente, conduit à limiter les réductions de prix sur facture au profit des marges arrière , et donc à maintenir un prix de revente au consommateur d'un niveau plus élevé. Avec ce système, l'opération est "blanche" pour le distributeur, comme s'il avait obtenu dès le départ une marge très favorable."*

⁵ Les remises conditionnelles, par définition non acquises lors de la vente ne figurent pas sur les factures, sont constitutives d'une marges arrière qui ne peut donner lieu à une baisse du prix de vente aux consommateurs.

C/ Un peu d'histoire

Dans les années 1970, les grandes surfaces ont pris leur essor en Métropole, compte tenu des croissances économique et démographique. Cet élan s'est fait au détriment des petits commerces qui, à cette époque, ont fortement diminués, créant de fait, une importante protestation. Il a donc fallu rapidement réguler ce secteur.

La première loi dans ce domaine fut la **loi Royer en date du 27 décembre 1973 dite loi d'orientation du commerce et de l'artisanat**.

Elle instaura entre autres, des procédures d'autorisation pour l'ouverture de grandes surfaces afin de limiter l'essor de ces dernières et de protéger les petits commerces traditionnels.

Puis, pour faire suite aux plaintes des industriels concernant le poids économique que représente la coopération commerciale, le Gouvernement français a réagi avec **la loi Galland en date du 1er juillet 1996, dite loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales**.

Elle est votée dans le but de réglementer entre autres :

- le calcul du Seuil de Revente à Perte (révision des modalités prenant en compte les remises acquises au jour de la vente, les marges arrière ne pouvant plus être prises en compte dans le calcul du seuil de revente à perte),
- le renforcement des sanctions,
- la transparence tarifaire (fixation des prix), toutes les remises découlant de la coopération commerciale doivent figurer sur une facture différente et être effectives,
- l'encadrement des promotions dans le but de protéger les fournisseurs et les petits commerces en évitant une concurrence trop féroce avec des baisses de prix trop fortes,
- le déréférencement abusif est prohibé (action par laquelle une enseigne, une centrale d'achat ou un point de vente supprime une marque ou un produit des références proposées en points de vente. Pour de nombreuses marques, le déréférencement par une enseigne peut avoir de lourdes conséquences car cela représente souvent une grosse perte de chiffres d'affaires. Le déréférencement peut être provoqué par une insuffisance des ventes ou par un désaccord commercial).

Cette loi a donc redéfini le calcul du seuil de revente à perte par la distinction entre marges avant, "répercutables" sur le prix de vente, et marges arrière non répercutables.

La pratique des marges arrière s'est donc peu à peu développée ne pouvant être répercutée sur le prix de vente, elles se sont transformées en un revenu n'incitant aucune modération dans l'établissement des prix.

Cette loi aura eu comme conséquence de limiter, pour les grandes enseignes, la concurrence sur les prix et donc de multiplier des prestations de services pour augmenter les revenus. Les fournisseurs quant à eux, pour faire face à ce surcoût demandé par les distributeurs, ont augmenté leur prix de vente.

Puis, **la loi Raffarin en date du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat** a durci les procédures d'autorisation pour l'ouverture ou l'agrandissement des grandes surfaces et a limité le développement des « hard discounters ».

En pratique, cette loi a entravé la concurrence en limitant l'arrivée de nouveaux magasins. En conséquence, les grands groupes, déjà en place, ont vu leur position renforcée, ce qui a directement impacté sur la hausse des marges et donc des prix au détail.

Puis diverses lois ont été votées, à savoir entre autres :

- **la loi relative aux Nouvelles Régulation Economique (NRE) du 15 mai 2001**, qui constitue une première tentative d'encadrement des marges arrière en incriminant les pratiques consistant à tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectif, ou manifestement disproportionné à ce service.
- **la loi Dutreuil du 1er août 2003**, qui assouplit la loi Galland en autorisant les réductions de prix à un distributeur en contre partie d'une réduction équivalente de ses marges arrière et qui encourage le transfert des marges arrière vers les marges avant.
- **la loi Chatel en date du 3 janvier 2008**, modifie le SRP afin que les distributeurs puissent inclure tous les avantages financiers dans les prix de vente,
- **la loi de modernisation de l'économie (LME) du 04 août 2008**, qui vise à accroître la concurrence dans la grande distribution afin de faire baisser les prix en répercutant les marges arrière dans les prix à la consommation et en autorisant la négociabilité des tarifs du fournisseur.

Après ce tour d'horizon de ces pratiques d'un point de vue général, il semble nécessaire de le comparer au contexte particulier de la Nouvelle-Calédonie où la réglementation et les conditions du marché sont différentes.

II – Le contexte calédonien

A/ Ce que dit la réglementation locale

Le texte de base dans ce domaine est **la délibération n°14 du 06 octobre 2004 portant réglementation économique.**

Elle traite entre autres de divers domaines à savoir :

- dans le titre I : la réglementation générale des prix
- dans le titre III : les pratiques commerciales (réglementées et illicites)
- dans le titre IV : les règles en matière de concurrence
 - o chapitre 1 : des pratiques anticoncurrentielles
 - o chapitre 2 : transparence et équilibre commercial dont la section relative aux pratiques restrictives de concurrence.

A savoir :

Section 4 - Les pratiques restrictives de concurrence

Art. 77. - « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1°. de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

2°. d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ;

3°. d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ;

4°. d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

5°. d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions de vente ;

6°. de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure ;

7°. d'imposer à un partenaire économique :

a) sous quelque forme que ce soit, une contrainte au développement de l'entreprise de ce partenaire,

b) des volumes d'achat, de vente ou de production disproportionnés par rapport au marché pertinent. D'empêcher ou d'interdire le développement de produits et de marques autres que les produits et marques, objets du contrat.

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, d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement, préalablement à la passation de toute commande.

Est également considérée comme nulle :

- toute clause d'un contrat de coopération commerciale présentant une contrepartie financière injustifiée à la charge de l'une des parties. Cette appréciation se fait par rapport aux caractéristiques des échanges (quantité, gamme, chiffres d'affaires) habituellement réalisés entre les parties ; - toute clause liant la passation d'un contrat à l'obtention préalable et complémentaire de remises ou d'avantages particuliers.*

L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt ou par le ministère public. »

Les pratiques commerciales sont relativement bien encadrées en Nouvelle-Calédonie puisqu'elles couvrent le maximum d'infractions connues dans ce domaine. Cependant, devant cette réglementation récente, se pose le problème de l'étroitesse du marché calédonien, ne facilitant pas pour les producteurs locaux, les démarches contentieuses auprès de la juridiction compétente.

En effet, le risque de se voir sanctionner par le groupe (distributeur) est important, sachant qu'en Nouvelle-Calédonie, seules trois grandes enseignes se partagent le marché.

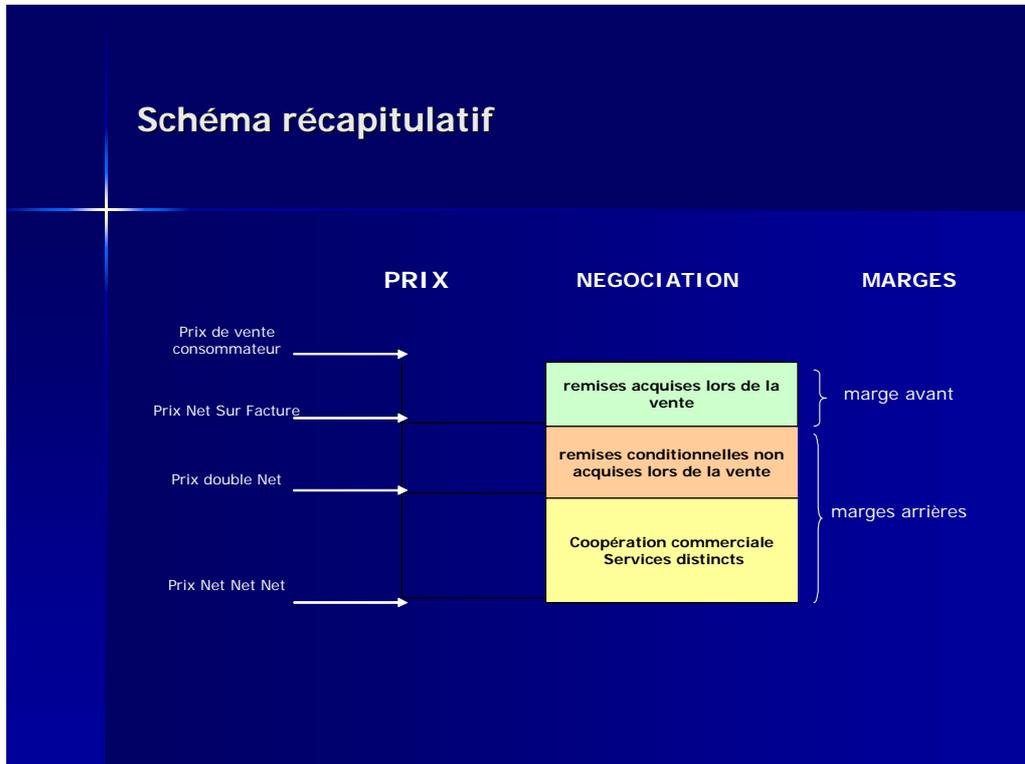
La réglementation est bien présente mais une grande disparité dans les relations commerciales existe.

C'est dans ce cadre que le conseil économique et social a étudié le contexte des négociations commerciales hors facture dans la pratique quotidienne calédonienne.

B Les pratiques commerciales (arrière) en Nouvelle-Calédonie.

En Nouvelle-Calédonie, ce qui pénalise le consommateur se sont les prix à la consommation qui sont élevés.

Voici un schéma représentant la marge globale du distributeur :



(source DAE)

Le prix net sur facture est le prix facturé au distributeur remise déduite.

Le double net est le prix réel de facturation, RFA (remise de fin d'année) déduite. C'est le prix net diminué des ristournes conditionnelles non liées directement à l'acte de vente (ex : RFA)

Le triple net est le montant réel revenant au fournisseur, coopération commerciale déduite. C'est le double net diminué des autres marges arrière.

Seules les remises acquises lors de la vente peuvent être répercutées sur la facture et donc sur les prix de vente aux consommateurs. Le reste des marges est donc fait au seul profit du distributeur et au détriment du consommateur qui n'a pas accès à la réalité de la constitution du prix.

Les remises conditionnelles peuvent être : la réalisation d'un chiffre d'affaire, d'un volume, etc. Elles sont acquises au distributeur dès lors que la condition suspensive à laquelle elles sont soumises, est réalisée.

La coopération commerciale correspond aux services rendus lors de la revente des produits. Cela permet de faciliter la commercialisation. (têtes de gondoles, catalogues, prospectus...)

Dans le cadre de cette étude, les trois principales pratiques hors facture étudiées sont les suivantes :

1/ les marges arrière et les remises différées.

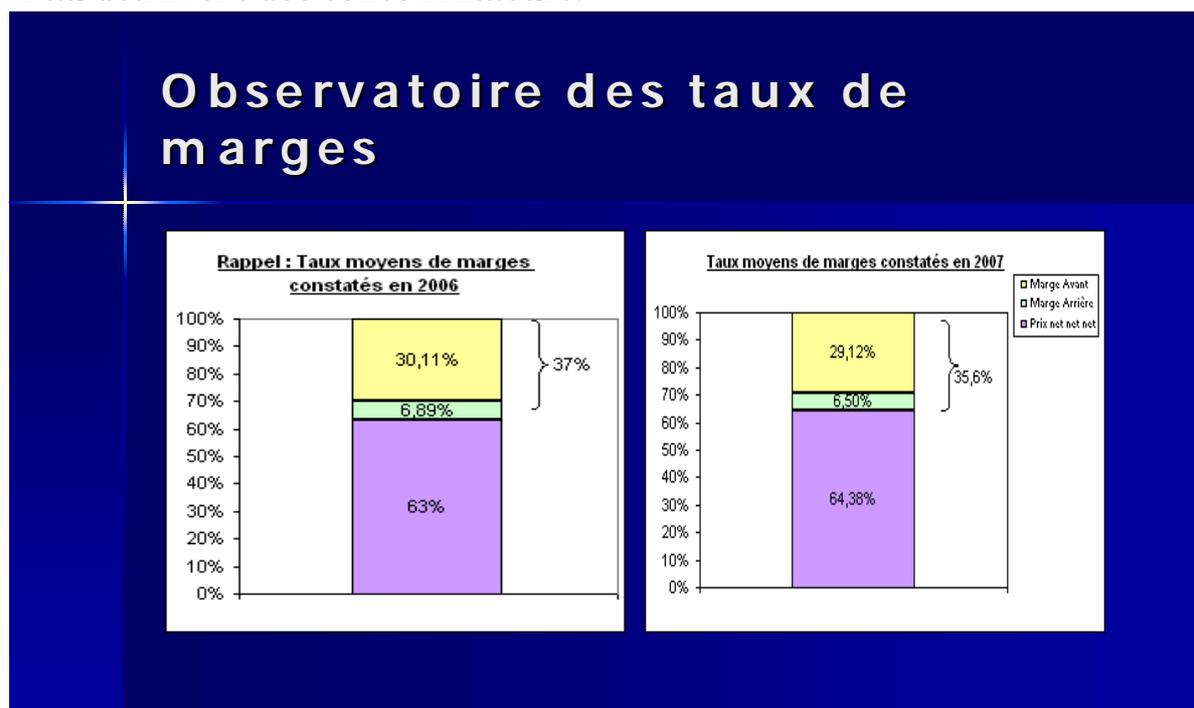
D'après les conclusions de la DAE faisant suite aux rapports 2006/2007 et 2007/2008 de l'observatoire des marges :

En Nouvelle-Calédonie les marges avant sont plus importantes sur les produits locaux et les marges arrière sur les produits importés.

D'une manière générale, les marges arrière ne sont pas proportionnelles aux volumes d'affaires ce qui pénalise les petits fournisseurs.

La DAE constate que les RFA (remises de fin d'année) et les RCO (remises sur objectifs) se sont beaucoup développées ce qui signifie qu'il y a eu un déplacement de la négociation commerciale vers des réductions de prix hors facture, ainsi que pour la coopération commerciale. Ces remises deviennent l'enjeu majeur des négociations commerciales ce qui déstabilise le fonctionnement et l'équilibre du marché. Elles sont hors facture donc ne sont pas intégrées dans le calcul du seuil de revente à perte du produit et ne sont pas répercutées au consommateur.

Ce profit n'est que pour le distributeur à la charge du fournisseur qui intègre ce surplus dans son prix de vente, favorisant de fait, une augmentation des prix au détriment des consommateurs.



(Source DAE)

Faut-il interdire la pratique des marges arrière et des remises différées?

(Source : avis du conseil de la concurrence de 2004)

Concernant les marges arrière, la concurrence entre les fournisseurs peut s'exercer pleinement, mais cette concurrence, où s'affrontent les pouvoirs de marché entre distributeurs et fournisseurs s'effectue à l'abri du SRP⁶ et donc ne profite pas au consommateur.

Une jurisprudence métropolitaine explique bien la situation :

L'affaire dite "des calculatrices à usage scolaire" qui illustre d'une part, le prix de revente imposé et d'autre part, la collusion entre marques concurrentes. Dans sa décision n° 03-D-45 du 25 septembre 2003, confirmée par la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt du 21 septembre 2004, le Conseil de la concurrence a en effet condamné la société Texas Instruments France et la société Noblet, importateur de la marque Casio, pour avoir mis en place, chacune, un dispositif ayant pour objet et pour effet d'obtenir de leurs clients distributeurs qu'ils pratiquent tous, sur l'ensemble du territoire national, les mêmes prix de vente préalablement déterminés par elles, et avoir échangé entre elles des informations stratégiques relatives à leur politique de prix de vente publics des calculatrices à usage scolaire.

Ces deux concurrentes consentaient des ristournes aux distributeurs qui n'apparaissaient pas sur les factures car elles étaient faussement conditionnelles donc non acquises à la date de la vente. Elles étaient considérées comme des marges arrière non répercutées sur les consommateurs. Ces ristournes étaient acquises même si les objectifs n'étaient pas atteints.

Le conseil a condamné d'une part, les fournisseurs pour **entente horizontale** dans l'échange d'informations sur le prix de vente (accord entre les deux sociétés qui fixaient leur prix qu'après s'être concertées) et d'autre part, **l'entente verticale** par le biais de mécanisme de rémunération des distributeurs.

Selon l'avis du conseil de la concurrence en date du 18 octobre 2004 :

"Le développement des marges arrière n'est toutefois pas généralisé. Les marges arrière sont absentes des négociations dans le hard discount. Les hard-discounters se démarquent, en effet, des grands distributeurs par leur absence d'effort de présentation des produits, en contrepartie de quoi ils proposent des prix plus bas. De même, les produits de marques de distributeur (MDD) et les produits dits « premiers prix » ne font pas l'objet d'accords de coopération commerciale."

Un autre type de coopération commerciale doit être pris en compte : le référencement d'un produit.

⁶ SRP : seuil de revente à perte c'est à dire prix plancher au deçà duquel la vente est interdite.

2/ le droit de référencement (têtes de gondoles, mètres linéaires,...)

Il existe une forte puissance d'achat des distributeurs, entraînant de fait une sous utilisation des voies de recours des fournisseurs, par peur des représailles que sont les risques de déréférencement. Ce risque est encouru par tout fournisseur ne voulant pas se soumettre aux pratiques commerciales faites en aval de la revente au consommateur.

En conséquence, les marges arrière influent sur le libre jeu de la concurrence qui est dans ce cas faussé.

(source : avis du conseil de la concurrence de 2004)

Les marges arrière peuvent être utilisées pour la mise en œuvre d'un autre type de pratique anticoncurrentielle : l'éviction des marques concurrentes par la saturation du linéaire. En effet, les linéaires des grandes surfaces constituent une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre les producteurs.

En proposant des budgets de référencement très importants, présentés sous la forme de remises « hors facture », donc constitutives de marges arrière garanties pour les distributeurs, un fournisseur peut écarter ses concurrents qui n'ont pas les mêmes capacités financières. Cette stratégie peut se décliner de diverses façons. En particulier, en proposant des remises de gamme importantes, un fournisseur peut écarter ses concurrents par la saturation du linéaire.

Dans cette décision, le Conseil a rappelé que le fait d'être en position dominante sur un marché n'est pas en soi anticoncurrentiel. En revanche, les pratiques commerciales consistant, pour une entreprise en position dominante, à accorder aux acheteurs des rabais les fidélisant afin de restreindre leur possibilité de choisir leurs fournisseurs et les inciter à s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès d'elle, constitue une pratique anticoncurrentielle.

Le déséquilibre entre l'offre et la demande pour l'accès au linéaire renforce le pouvoir de négociation des distributeurs face à leurs fournisseurs.

Par ailleurs, un autre type de relation commerciale hors facture a son importance : le marchandisage.

3/ le marchandisage.

La pratique du marchandisage dans la grande distribution.

Ce que n'est pas le marchandiseur :

- il n'est pas chargé de la démonstration des produits,
- il n'a pas d'activité commerciale ou promotionnelle,
- il n'est pas en relation avec la clientèle,
- il n'est pas employé directement par la surface dans laquelle il travaille.

L'opération de marchandisage consiste pour une surface à demander à ses fournisseurs de gérer une partie des rayons dans les magasins grâce à leur propre main d'œuvre : celle-ci est employée à la manutention, à la propreté et au réassortiment des rayons.

Ce que dit le code du travail en Nouvelle-Calédonie :

Article Lp. 124-1

Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'é luder l'application des dispositions légales ou des stipulations conventionnelles du travail, est interdite.

En ce sens, il semble intéressant de noter que la chambre criminelle de la Cour de Cassation a considéré, dans un arrêt du 15 février 2005, que "la mise à disposition par les fournisseurs d'un hypermarché de salariés dits "marchandiseurs" occupés à des tâches similaires de celles accomplies par d'autres salariés appartenant à l'entreprise, sans aucune spécificité ou prestation présentant un caractère propre, sous la direction de l'encadrement de l'entreprise, dans des conditions de travail identiques et moyennant une rémunération inférieure procurant ainsi à l'utilisateur un avantage financier non discutable", était constitutive d'une opération à but lucratif ayant pour objet exclusif un prêt de main d'œuvre et était par conséquent illicite (extrait du Lamy social 2007).

Cette jurisprudence pourrait s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie au regard des dispositions précitées du code du travail.

Devant de telles pratiques commerciales et malgré l'existence d'une réglementation relativement précise sur ce qui est autorisé ou non, l'étude de l'adaptation éventuelle de cette loi paraît nécessaire.

III – Ce que dit la LME sur les pratiques commerciales arrière

A La LME en Métropole

« Tout l'enjeu est de ménager à la fois la liberté des commerçants petits ou grands, et la régulation nécessaire à l'équilibre du tissu commercial dans notre pays »

Luc CHATEL, Secrétaire d'Etat chargé de l'Industrie et de la Consommation,
Porte-parole du Gouvernement

Elle implique dans le cadre de notre sujet de mettre en place de nouvelles règles du jeu dans la grande distribution pour augmenter la concurrence et pour défendre le pouvoir d'achat en:

- ◆ relevant le seuil des procédures d'autorisation afin d'assouplir les conditions d'implantation des grandes surfaces et en réduisant la durée des procédures. Cette mesure met la législation française en conformité avec les normes européennes,
- ◆ négociant les conditions de vente entre fournisseurs et distributeurs, c'est-à-dire que les premiers peuvent varier leurs tarifs en fonction des seconds. Les marges arrière (contribution que le fournisseur versait au distributeur pour que ses produits soient présentés en rayon) sont abolies. Les délais de paiement aux fournisseurs sont raccourcis.
- ◆ obligeant les hypermarchés à mentionner leurs producteurs,
- ◆ remplaçant le conseil de la concurrence par l'autorité de la concurrence.

(source rapport de Christine LAGARDE)

B La LME et la Nouvelle-Calédonie

En vertu de l'article 22 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 modifiée, la Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes :

Alinéa 6° : Commerce extérieur, à l'exception des prohibitions à l'importation et à l'exportation relatives à des matières relevant de la compétence de l'Etat; régime douanier ; réglementation des investissements directs étrangers ;

Alinéa 15° : Réglementation des professions libérales et commerciales et des officiers publics ou ministériels;

Alinéa 19° : Réglementation des poids et mesures ; concurrence et répression des fraudes;

Alinéa 20° : Réglementation des prix et organisation des marchés.

Cette compétence appartenant à la Nouvelle-Calédonie, cette dernière devrait légiférer dans ce domaine par le biais d'une loi du pays. La LME ne pourrait donc pas être appliquée en l'état.

La mise en place d'un tel texte en Nouvelle-Calédonie, obligerait à étudier et appréhender l'économie du pays dans sa globalité afin de ne pas appliquer ou reproduire des schémas qui ne lui correspondent pas.

Cependant, dans le cadre des marges arrière une réglementation pourrait être prise pour limiter leur développement compte tenu du fait qu'elles ne profitent pas au consommateur.

IV - Conclusion et propositions

En conclusion, on notera que ces pratiques commerciales déterminables en fin de circuit de vente d'un produit, dépendent de procédés opaques où tout contrôle est difficile à opérer tant sur le plan commercial que fiscal.

Elles tendent à se multiplier au détriment des marges avant, plus transparentes pouvant bénéficier au final au consommateur, trop souvent oublié dans ces négociations entre professionnels.

Le conseil économique et social constate que malgré le fait que les marges arrière ne sont pas prises en compte dans le calcul du SRP, procédé qui en principe permet une diminution du prix de vente au consommateur, les prix restent élevés en Nouvelle-Calédonie. Il s'interroge donc sur leur impact réel dans le problème de la cherté de vie en Nouvelle-Calédonie.

Le conseil économique et social propose différentes pistes de réflexion, à savoir :

1. dans le cadre de la lutte contre la vie chère en Nouvelle-Calédonie, abolir les marges arrière,
2. que le gouvernement donne plus de moyens à la direction des affaires économiques afin de mener à bien ses actions de contrôle, en particulier dans le cas de services facturés et qui n'ont pas de contrepartie réelle,
3. que les relations fournisseurs/distributeurs soient rééquilibrées afin de limiter ces ententes verticales et aider à la diminution du prix de vente à la consommation,
4. que l'inspection du travail se saisisse du problème relatif au prêt de main d'œuvre dans la distribution en application de l'article Lp 124-1,
5. augmenter la lutte contre le déréférencement abusif et permettre ainsi aux fournisseurs, un recours au tribunal sans crainte pour leur survie,
6. de poursuivre cette étude avec d'autres thématiques ressortant des relations commerciales sur facture (taxe douanière, marges avant, structure des prix, etc.).

LE SECRETAIRE

LE PRESIDENT

Paulo SAUME

Robert LAMARQUE