



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

**Décision n° 2019-PCR-01 du 29 janvier 2019
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'entretien et la
réparation des ascenseurs en Nouvelle Calédonie**

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la lettre du 11 mai 2018, enregistrée le 15 mai 2018, sous le numéro n°18/001 PCR, par laquelle les sociétés N'Johnston SAS (ci-après : « la société N'Johnston ») et SCI Le Lys Rouge (ci-après : « la société Le Lys Rouge ») ont saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de pratiques mises en œuvre par la société Intec SARL (ci-après : « la société Intec ») dans le secteur de l'entretien et la réparation des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après : « le code de commerce ») relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment son titre IV intitulé : « *De la transparence et des pratiques restrictives de concurrence* » et ses articles Lp. 441-6 et Lp. 442-6 ;

Vu les procès-verbaux d'audition des sociétés N'Johnston SAS et SCI Le Lys Rouge des 5 juillet et 7 août 2018 ;

Vu le procès-verbal d'audition de la société Intec du 16 août 2018 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la proposition du service d'instruction du 30 novembre 2018, de rejeter la saisine des sociétés N'Johnston SAS et SCI Le Lys Rouge ;

La rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, le représentant des sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie du 23 janvier 2019, les représentants de la société Intec SARL entendus sur le fondement du deuxième alinéa de l'article Lp. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

I. CONSTATATIONS

A. La saisine des sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge

1. Par lettre du 11 mai 2018, enregistrée sous le numéro 18/001 PCR, les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge ont saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») de pratiques mises en œuvre par la société Intec dans le secteur de l'entretien et la réparation des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.
2. Aux termes de leur plainte, les saisissantes indiquent qu'elles « *souhaiteraient que l'Autorité de la concurrence se prononce sur les modalités d'établissement de ses prix par la société Intec, et, au cas où ces modalités apparaîtraient comme illicites, qu'elle intervienne pour y mettre fin* »¹. Elles estiment « *qu'il y a une pratique restrictive de concurrence car il y a un flou dans l'établissement des prix des prestations réalisées* »².
3. Les plaignantes soulignent que les pratiques de la société Intec à leur égard peuvent être qualifiées de pratiques restrictives de concurrence relevant des dispositions du I de l'article Lp. 442-6 du code de commerce et plus particulièrement des alinéas 1 et 2, qui répriment les comportements suivants :
« *I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour 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* ».
4. Par ailleurs, lors de leur audition, les représentants des sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge ont également fait valoir la violation de l'article Lp. 441-6 du code de commerce³, qui punit d'une peine d'amende d'un million de F.CFP, le fait « *pour tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de ne pas communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services qui en fait la demande dans l'exercice de son activité professionnelle* », étant précisé que les conditions générale de vente constituent le socle de la négociation commerciale et comprennent obligatoirement « *les conditions de vente ; le barème des prix ; les réductions de prix ; les conditions de règlement* ».
5. Sur ce dernier moyen, les saisissantes ont précisé : « *Nous avons les CGV de la société Intec mais sans transmission de grilles tarifaires ni renvoi à un indice de référence permettant de définir les tarifs* »⁴.

B. Le secteur concerné

6. Les pratiques dénoncées concernent le secteur de l'entretien et la réparation des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

¹ Voir la saisine des sociétés N'Johnston SAS et SCI Le Lys Rouge du 11 mai 2018 (annexe n°1 – cote 03).

² Voir le procès-verbal d'audition du 7 août 2018 des sociétés N'Johnston SAS et SCI Le Lys Rouge. (annexe 8 – cote 52)

³ Voir le procès-verbal d'audition du 7 août 2018 (annexe n°8 – cote 53).

⁴ Voir le procès-verbal d'audition du 7 août 2018 (annexe n°8 – cote 53).

7. Dans un avis du 19 novembre 1996 relatif au projet de prise de contrôle de la société Ascenseurs Soulier par la société Otis, le Conseil de la concurrence métropolitain (devenu l'Autorité de la concurrence métropolitaine) a considéré que « *la vente et l'installation d'ascenseurs, d'une part, et l'exécution des prestations de services concernant l'entretien, la réparation et la modernisation de ces appareils, d'autre part, (...) n'ont pas la même finalité et qui ne sont pas destinées à satisfaire les mêmes besoins ne se situent pas sur le même marché* »⁵. Le Conseil de la concurrence métropolitain a confirmé cette analyse dans un avis du 4 novembre 1997 relatif à la situation de la concurrence créée par la diversification des activités de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) dans le secteur des ascenseurs et escaliers mécaniques⁶. Deux catégories d'opérateurs sont donc distinguées par la pratique décisionnelle française : ceux qui fabriquent, installent et entretiennent les équipements et ceux qui ne font que de la maintenance.
8. En Nouvelle-Calédonie, le secteur des ascenseurs présente néanmoins des différences sensibles par rapport aux marchés métropolitaines.
9. D'après les résultats du test de marché réalisé dans le cadre de l'instruction, quatre entreprises sont actuellement présentes sur le secteur de l'installation, de l'entretien et la réparation des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie : les sociétés Socometra SAS, Semep SARL, Pacific Ascenseurs SARL et Intec SARL. Ces quatre opérateurs du secteur, implantés à Nouméa, interviennent sur l'ensemble du territoire, tant pour l'importation, la vente et l'installation que pour l'entretien et la réparation des ascenseurs⁷. Leurs clients sont essentiellement constitués de syndicats de copropriété.
10. Par conséquent, contrairement à la métropole, les quatre entreprises actives dans ce secteur sur le territoire interviennent à la fois dans l'activité d'importation, de vente et d'installation des appareils (ascenseur, monte-charge, élévateur) ainsi que dans la maintenance de ceux-ci.
11. Par ailleurs, les entreprises présentes en Nouvelle-Calédonie, disposent de contrats d'agents de marque et de distribution avec les fabricants des appareils situés en dehors du territoire (Otis, Kone, Schindler, Thyssen Krupp, Sodimas...) auxquels elles achètent les ascenseurs et les pièces détachées permettant ensuite d'assurer un service de maintenance et réparation des appareils. Du fait de ces contrats, ces entreprises assurent généralement uniquement la maintenance des appareils qu'elles ont elles-mêmes vendus et installés auprès des clients⁸. Cette situation semble confirmée par les sociétés saisissantes dans leur plainte qui allèguent que « *La société Intec sait en outre pertinemment que les autres ascensoristes ne veulent pas intervenir sur l'installation d'un confrère* »⁹.
12. Selon la société Intec : « *Socometra est n° 1 car ils ont une grosse structure avec 40 % des parts de marché et environ 20 % pour les trois autres. La répartition entre les trois fluctue en fonction des années* »¹⁰. Ces déclarations sont confirmées par le test de marché¹¹.

⁵ Voir l'Avis n° 96-A-14 du 19 novembre 1996 relatif au projet de prise de contrôle de la société Ascenseurs Soulier par la société Otis.

⁶ Voir l'Avis n° 97-A-20 du 4 novembre 1997 relatif à une demande d'avis de la Fédération des Ascenseurs.

⁷ Voir les réponses aux tests de marché des entreprises Socometra SAS, Pacific Ascenseur SARL et Semep SARL (annexes n° 4, 6, 10 – cotes 32, 44, 68) ainsi que le procès-verbal d'audition du 16 août de la société Intec (annexe n° 12 – cote 92).

⁸ Voir les réponses aux tests de marché des entreprises Socometra SAS, Pacific Ascenseur SARL et Semep SARL (annexes n° 4, 6, 10 – cotes 32, 44, 69) ainsi que le procès-verbal d'audition du 16 août de la société Intec (annexe n° 12 – cote 93).

⁹ Voir la saisine des sociétés N°Johnston SAS et SCI Le Lys Rouge du 11 mai 2018 (annexe n°1 – cote 03).

¹⁰ Voir le procès-verbal d'audition du 16 août 2018 (cote 91).

¹¹ Voir les réponses aux tests de marché des entreprises Socometra SAS, Pacific Ascenseur SARL et Semep SARL (annexes n° 4, 6, 10 – cotes 32, 33, 45, 70).

C. Les entreprises concernées

1. Les sociétés saisissantes

a) La société N'Johnston SAS

13. La société N'Johnston est une société par actions simplifiée, immatriculée au R.C.S de Nouvelle-Calédonie depuis 1949. Son siège social est situé à Nouméa. Elle exerce une activité de holding et de prises de participations. Ainsi, cette entreprise indique qu'elle « *détient des parts majoritaires dans différentes entreprises : la société Johnston distribution supermarché, Johnston plaisance (activité marine et vente de bateau), la société d'élevage MUEO située sur la commune de Népoui et des parts minoritaires (8 parts) dans la SCI Le Lys Rouge et dans Johnston compagnie (automobile)* »¹².

b) La société Le Lys Rouge

14. La société Le Lys Rouge est une société civile immobilière immatriculée au R.C.S de Nouvelle-Calédonie depuis 2009. Son siège social est situé à Nouméa. Cette entreprise a pour gérants Messieurs Philip Johnston et Eric Johnston, ainsi que la société L'Ingénierie Financière et Fiscales SAS. L'actionnaire majoritaire (avec plus de 99 % des parts) est la BRED.
15. Son activité consiste en l'administration de biens à usage d'habitation. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 291 363 253 F.CFP pour l'exercice clos le 31 décembre 2016. Cette SCI gère la location d'une partie de l'immeuble du Lys Rouge à Nouméa.
16. Interrogés sur le lien entre la SCI Le Lys Rouge et la société N'Johnston, leurs dirigeants ont indiqué : « *La N'Johnston SAS détient 8 parts de la SCI Le Lys Rouge. La SCI possède 45 % de l'immeuble Le Lys Rouge. La société N'Johnston SAS détient le reste de l'immeuble soit 55 %. Nous n'avons pas de liens commerciaux entre ces deux sociétés* »¹³.

2. La société mise en cause : la société Intec SARL

17. La société Intec est une société à responsabilité limitée, immatriculée au R.C.S de Nouvelle-Calédonie depuis 1998. Son siège social est situé à Nouméa. Lors de son audition, le co-gérant de la société Intec a indiqué : « *Nous sommes présents uniquement dans le secteur de l'ascenseur. Nous sommes dans l'importation, l'installation, le dépannage de ces appareils* »¹⁴.
18. A l'exercice clos au 30 septembre 2017, le chiffre d'affaires de la société s'est élevé à 203 640 477 F.CFP.

D. Les pratiques dénoncées

1. Les contrats d'entretien dit « simple » conclus entre les sociétés saisissantes et la société Intec

19. Dans leur saisine, les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge indiquent que, le 12 juin 2014, elles ont chacune conclu un contrat d'entretien « simple » d'ascenseurs de la marque « Sodimas » avec la société Intec.

¹² Voir le procès-verbal d'audition du 7 août 2018 (annexe n°8 – cote 51).

¹³ Voir le procès-verbal d'audition du 7 août 2018 (annexe n°8 – cote 51).

¹⁴ Voir le procès-verbal d'audition du 16 août 2018 (annexe n°12 – cote 84).

20. Elles ont précisé, lors de leur audition, que : « *La marque de nos ascenseurs installés dans l'immeuble le Lys rouge est Sodima. (...) La société Intec a fourni les ascenseurs, les a installés et les a mis en marche (...).* »¹⁵.
21. La société Intec a, quant à elle, indiqué qu' : « *Il existe deux contrats distincts : un avec la SCI Le Lys Rouge pour les ascenseurs des appartements et un avec N'Johnston SAS pour les ascenseurs des bureaux* »¹⁶.
22. Aux termes du contrat n°1 conclu entre la société Intec et la société Le Lys Rouge, il est ainsi prévu l'entretien de deux ascenseurs dans la partie « *Appartements* » de l'immeuble, situé 3-5 rue Anatole France à Nouméa, pour un prix mensuel de 28 800 F.CFP H.T par ascenseur. Aux termes du contrat n°2 conclu entre la société Intec et la société N'Johnston, il est prévu l'entretien de deux ascenseurs dans la partie « *Bureaux* » de l'immeuble, situé 22 rue General Gallieni à Nouméa, pour un prix mensuel de 29 800 F.CFP H.T par ascenseur.
23. Selon les déclarations de la société Intec, la différence de tarif (soit 1.000 F. CFP) entre les deux contrats s'explique de la manière suivante : « *Vous avez dans les appartements un ascenseur avec une seule porte. Alors que pour les bureaux les ascenseurs ont une double porte ce qui explique la différence de tarifs* »¹⁷.
24. Les deux contrats prévoient l'entretien dit « *normal* » ou « *simple* » des ascenseurs en s'appuyant sur la définition donnée par l'arrêté du 11 mars 1977 précité. Dans ce cadre, ces conventions comprennent les prestations suivantes :
- des visites périodiques, nettoyage et graissage des organes mécaniques, précision étant faite que l'entreprise chargée de l'entretien doit adapter la fréquence et la consistance de ses visites aux caractéristiques techniques et aux conditions d'utilisation de l'appareil et qu'en aucun cas, il ne peut y avoir moins d'une visite par mois ;
 - un dépannage, à tous moments, en cas d'arrêt ou de fonctionnement défectueux de l'appareil sur demande du propriétaire et/ou de son représentant ;
 - la tenue d'un registre mentionnant tous les faits relatifs à l'ascenseur, à savoir : pannes, entretiens, modifications, remplacement de pièces.
25. En revanche, il est précisé dans ces contrats que l'entretien « *simple* » ne comprend pas :
- les pièces détachées¹⁸ ;
 - la main-d'œuvre pour toute réparation, dégradation volontaire ou modification souhaitée par le propriétaire ou son représentant ;
 - les travaux de réparation concernant les installations du bâtiment en général, même exécutées spécialement pour l'établissement de l'ascenseur.
26. Il y a lieu de relever que ces contrats ont été conclus pour une durée d'un an à partir de la date de prise d'effet du 1^{er} mai 2014, renouvelable par tacite reconduction d'année en année. Une faculté de résiliation par lettre recommandée, trois mois avant la date d'expiration, a été également prévue.

¹⁵ Voir le procès-verbal d'audition du 7 août 2018 (annexe n° 8 – cote 54).

¹⁶ Voir le procès-verbal d'audition de la société Intec du 16 août 2018 (annexe n° 12 – cote 88).

¹⁷ Voir procès-verbal d'audition de la société Intec du 16 août 2018 (annexe n° 12 – cote 88).

¹⁸ Le délai de garantie d'un an à compter de la date de mise en service étant passé.

27. Le prix annuel figurant aux contrats est précisé dans les « conditions particulières » et « *correspond aux conditions économiques connues au jour de la fixation de ce prix* ». Il est précisé que : « *en l'absence de dispositions particulières, le montant annuel sera révisable suivant l'indice BT 24 (entretien ascenseur)* »¹⁹.
28. Il est, en outre, stipulé dans les conditions générales syndicales annexées aux contrats que « *Les prix sont établis en tenant compte de la nature du service effectués par les appareils (...) Les prix des abonnements sont basés sur les conditions économiques et fiscales à la date de l'abonnement (...)* »
29. Les conditions de paiement et les pénalités en cas de retard de paiement figurent également dans les conditions générales syndicales annexées aux contrats.
30. Enfin, il est ressorti de l'instruction que les contrats d'entretien et de dépannage ainsi conclus entre les sociétés saisissantes et l'ascensoriste Intec sont toujours en cours d'exécution aux conditions fixées en juin 2014 sans modification. Ce point a été confirmé en séance tant par les saisissantes que par la société Intec, entendue comme témoin.

2. La demande de révision des contrats formulée par les saisissantes en 2017

31. Dans leur saisine, les saisissantes expliquent que, le 20 avril 2017, à la suite de préconisations de la part de la société Secuprev SARL, ayant indiqué que « *la fréquence d'entretien pouvait être limitée à un passage toutes les six semaines* », elles ont sollicité, par l'intermédiaire de l'agence Caillard & Kadour Immo, un devis auprès de la société Intec en vue de réduire le nombre de passages sur les ascenseurs à un rythme de toutes les six semaines au lieu des quatre semaines prévues, soit neuf entretiens par an au lieu de douze²⁰.
32. Lors de leur audition, les saisissantes ont précisé au sujet de la société Secuprev : « *C'est le RUS (responsable unique sécuritaire) qui doit faire 4 visites annuelles dans l'immeuble. Cette société vérifie toutes les installations au niveau sécurité (électrique incendie). Nous avons profité de son passage pour lui demander s'il existait une réglementation sur le nombre de passage de maintenance pour les ascenseurs. Il nous a été répondu qu'il n'existait pas de réglementation à ce niveau-là en Nouvelle-Calédonie. Suite à cette information, nous avons décidé de demander seulement 9 passages afin d'avoir un passage du technicien de maintenance toutes les 6 semaines au lieu de 12 passages au préalable. La société Intec n'a pas contesté ce nouveau nombre de passages alors que le contrat de 2014 prévoyait un passage obligatoire par mois* »²¹.
33. Les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge ont indiqué que, dans ce cadre, elles attendaient une diminution proportionnelle du prix annuel compte tenu de la réduction du nombre de visites, soit une réduction de 25 % par contrat²².
34. En réponse à cette demande, par courriel du 10 mai 2017, la société Intec a proposé un prix annuel de 330.726 F.CFP H.T par ascenseur pour 9 visites par an, soit une visite toutes les

¹⁹ Voir les contrats (annexe n°01-A – cote 08).

²⁰ Voir le courrier du 12 septembre 2017 (annexe 01-D – cote 16) ; demande de devis (annexe n° 01-B – cote 12).

²¹ Voir le procès-verbal du 7 août 2018 (annexe n°8 – cote 57).

²² Voir la saisine (annexe 1 cote 2) : Soit un montant total de 263.232 F.CFP H.T par ascenseur pour 9 visites pour Le Lys Rouge/appartement au lieu de 350.976 F.CFP H.T pour 12 visites et montant total de 272.376 F.CFP H.T par ascenseur pour 9 visites s'agissant des bureaux (N'Johnston) au lieu de 363.168 F.CFP H.T pour 12 visites.

6 semaines²³ ce qui représentait une baisse de prix de 32.442 F. CFP (soit – 6 %) pour le premier contrat et une baisse de prix de 20.250 F.CFP pour le second (soit – 9 %).

35. Dans leur saisine, les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge indiquent qu'il s'agit « *d'une baisse très légère, malgré la suppression de 3 passages* »²⁴.
36. L'agence immobilière a alors demandé à la société Intec de revoir sa proposition en tenant compte des « *tarifs initiaux sans majoration* »²⁵. Par courriel du 30 mai 2017, la société Intec a justifié sa proposition de baisse de prix en précisant que le service mensuel lié au contrat comprenait un ensemble de prestations dont le déplacement et la visite mensuelle, l'astreinte de service 24/24 et 7/7, la tenue d'un stock de pièces détachées, la qualification et la formation du personnel et a précisé que ce tarif se rapportait à la suppression des visites demandées sans modification des autres prestations²⁶.
37. Par lettre du 12 septembre 2017²⁷, les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge, ont, à nouveau, demandé à la société Intec de revoir sa proposition, en avançant que la « *structure du prix* » proposée n'était pas « *cohérente* ». Elles estiment en effet que le coût de l'entretien mensuel, principale prestation du contrat, est fort peu élevé au regard des autres critères pris en considération pour fixer les prix et que s'agissant d'un entretien dit « *simple* », il ne comprend pas le coût des pièces détachées ni le coût de l'astreinte. Elles en concluent que ces coûts ne devraient pas entrer dans la structuration du prix.
38. N'obtenant pas de réponse, un courrier simple²⁸ a été adressé à la société Intec par le conseil des saisissantes le 20 novembre 2017, puis le même courrier lui a été adressé par recommandé en décembre 2017 (revenu non réclamé). Ce courrier reprenait les termes de la lettre du 12 septembre 2017 et demandait la révision de la proposition de tarif.
39. Lors de leur audition, les saisissantes ont précisé : « *Nous reprochons à la société Intec d'être non transparente dans ses pratiques. Nous considérons qu'en tant que clients nous devrions être informés du tarif de base des prestations et ce n'est pas le cas...Nous n'avons pas de grilles tarifaires (...) ce qui nous pose souci c'est que la diminution du prix n'est pas proportionnelle à la baisse du nombre de passage alors même que les prestations réalisées sont exactement les mêmes avec une fiche de passage identique réalisée par le technicien* ». Elles ont indiqué que : « *L'explication donnée du prix n'est pas satisfaisante car elle mélange à la fois les coûts de prestation de maintenance et les coûts de prestation de réparation. Pour autant, la prestation de maintenance est seulement un entretien simple ne comprenant donc pas le changement de pièces ou la réparation des appareils. Ces prestations supplémentaires font l'objet d'une facture différente. Nous ne comprenons donc pas pourquoi la société Intec intègre les coûts des pièces détachées comme justification d'une baisse non proportionnelle du prix* »²⁹.
40. De son côté, le co-gérant de la société Intec a expliqué avoir : « *fait une proposition en enlevant 3 visites par an. Dans le contrat d'entretien il existe des coûts liés au stockage et à l'astreinte. Je ne peux donc pas diminuer proportionnellement mon prix à la baisse de passage mensuel. Dans ma proposition tarifaire, je ne fais qu'enlever le passage du technicien pour 3*

²³ Voir l'annexe n° 01-Mail en date du 10 mai 2017 de la société Intec. cote 14

²⁴ Voir la saisine (annexe n°1 – cote 02).

²⁵ Voir l'annexe n°01-C. cote 14

²⁶ Voir l'annexe n° 01-C. cote 14

²⁷ Voir l'annexe n° 01-D. cote 16

²⁸ Voir l'annexe n° 01 E. cote 19

²⁹ Voir procès-verbal du 7 août 2018 (annexe n°8 – cotes 53 et 58).

visites + le coût du déplacement sur les appareils. Nous avons des frais de stockage de pièce et d'astreinte qui sont incompressibles et ne sont pas liés au nombre de visite d'entretien. Le prix proposé correspond donc à une diminution du nombre de visite en tenant compte du maintien de ce frais incompressibles »³⁰.

41. Au cours de la séance, les saisissantes ont précisé avoir tenté de s'adresser à deux concurrents de la société INTEC Sarl pour procéder à l'entretien et la réparation de leurs ascenseurs mais s'être heurtées à un refus, « *les autres ascensoristes ne voulant pas intervenir sur l'installation d'un confrère* ». Interrogée sur ce sujet, la société Intec a notamment indiqué que : « *il peut arriver que d'autres professionnels puissent accéder aux pièces détachées de cette marque [Sodimas]. Mais le coût et le délai de livraison seront beaucoup plus élevés ce qui ne les rend pas compétitifs* »³¹.

II. Discussion

1. Sur l'irrecevabilité de la saisine sur le fondement de l'article Lp. 442-6 du code de commerce

42. L'article Lp. 462-8 du code de commerce dispose que : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable (...) si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence* ».
43. En l'espèce, comme indiqué *supra*, les saisissantes reprochent à la société Intec, la mise en œuvre de pratiques restrictives de concurrence en violation du I de l'article Lp. 442-6 du code de commerce, et plus particulièrement ses alinéas 1 et 2 car la réduction de tarifs proposée n'est pas proportionnelle à la réduction de 12 à 9 visites d'entretien par an. Les saisissantes en concluent que les conditions tarifaires de la société Intec ne seraient pas justifiées par des contreparties réelles ou qu'elles seraient manifestement disproportionnées par rapport au service rendu.
44. Lors de leur audition du 5 juillet 2018, le service d'instruction a fait observer aux saisissantes, que l'article Lp. 442-6 du code de commerce est le fondement d'une action en responsabilité devant les juridictions civiles ou commerciales à l'encontre d'une entreprise qui mettrait en œuvre des pratiques restrictives de concurrence mentionnée au I du même article et qu'il ne prévoit pas la possibilité pour l'Autorité de la concurrence d'engager elle-même une action civile pour faire sanctionner ces pratiques. Les représentants des sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge ont indiqué : « *Nous n'avons pas pu vu ce point* » et souhaité avoir un délai de réflexion³².
45. Par la suite, aux termes d'un courrier du 20 juillet 2018, le conseil des parties saisissantes a maintenu ce moyen considérant que l'Autorité est bien compétente pour apprécier le caractère restrictif de concurrence des pratiques reprochées à la société Intec et pour y mettre fin. A cet égard, il relève que la compétence des juridictions civile et commerciale ne lui « *semble pas exclusive de celle de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, laquelle, en application des dispositions de l'article Lp. 462-5 II, peut être saisie par les entreprises « pour toutes les pratiques mentionnées aux titres II et IV* » ». Or, « *dans ce titre IV figurerait l'article Lp. 442-6* » du code de commerce. Par ailleurs, il allègue que l'article Lp. 462-6 du code de commerce prévoit que : « *L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie examine si*

³⁰ Voir procès-verbal du 16 août 2018 (annexe n°12 – cote 85).

³¹ Voir procès-verbal du 16 août 2018 (annexe n°12 – cote 93).

³² Voir le procès-verbal d'audition du 5 juillet 2018 (annexe n°7 – cote 48).

les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des titres II et IV, ou peuvent se trouver justifier par l'application de l'article Lp. 421-4 ».

46. L'Autorité confirme qu'en application de l'article Lp. 462-5 du code de commerce, elle peut être saisie de toute pratique mentionnée aux titres II et IV du livre IV du code de commerce. Elle précise néanmoins qu'en application du premier alinéa de l'article Lp. 462-6 du code de commerce, elle est compétente pour examiner si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ :
- des pratiques anticoncurrentielles mentionnées au titre II du code de commerce (les ententes anticoncurrentielles³³, les abus de position dominante ou de dépendance économique³⁴, les accords exclusifs d'importation³⁵, ou encore la pratique de prix abusivement bas³⁶). Le cas échéant, l'Autorité est compétente pour sanctionner ces pratiques anticoncurrentielles dans les conditions prévues à l'article Lp. 464-2 du code de commerce. Il s'agit alors de sanctions administratives ;
 - et/ou des pratiques mentionnées au titre IV du livre IV du code de commerce, certaines d'entre elles étant punies d'une peine d'amende en application des articles Lp. 441-4, Lp. 441-6, Lp. 441-7, Lp. 441-9, Lp. 442-2, Lp. 442-5, Lp. 442-8 et Lp. 443-3, d'autres permettant d'engager une action en responsabilité sur le fondement de l'article Lp. 442-6 du même code devant les juridictions civiles et commerciales.
47. Le deuxième alinéa de l'article Lp. 462-6 du code de commerce limite néanmoins la compétence de l'Autorité pour sanctionner les pratiques mentionnées au titre IV du livre IV du code de commerce en lui permettant seulement, lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier des sanctions pénales, d'adresser le dossier au procureur de la République et de mettre en œuvre, le cas échéant, un règlement transactionnel en application de l'article Lp. 472-1 du même code.
48. En l'espèce, les pratiques restrictives de concurrence alléguées au titre du 1° et 2° du I de l'article Lp. 442-6 du code de commerce, à savoir une disproportion entre le prix facturé et le service rendu par la société Intec dans le cadre d'un contrat d'entretien d'ascenseurs, ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées d'une peine d'amende mais ouvrent seulement la possibilité d'engager la responsabilité de l'auteur de ces pratiques devant les juridictions civiles et commerciales afin d'indemniser la victime du préjudice causé par la pratique dénoncée.
49. L'action en responsabilité peut être initiée par « toute personne justifiant d'un intérêt, le ministère public ou le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie » pour obtenir réparation du préjudice subi, « le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et/ou le ministère public » pouvant, en outre, demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques, de constater la nullité du contrat ou des clauses illicites et d'ordonner la répétition de l'indu³⁷.
50. Il en résulte que si, en vertu des articles Lp. 462-5 et Lp. 462-6 du code de commerce, l'Autorité peut être saisie de l'ensemble des pratiques mentionnées au titre IV du livre IV du même code, elle n'est compétente pour en connaître que dans les limites de ses attributions.
51. Pour être examinées et, le cas échéant, sanctionnées par l'Autorité, les pratiques mentionnées à l'article Lp. 442-6 du code de commerce supposeraient donc de démontrer qu'elles sont

³³ Voir l'article Lp. 421-1 du code de commerce.

³⁴ Voir l'article Lp.421-2 du même code.

³⁵ Voir l'article Lp.421-2-1 du même code.

³⁶ Voir l'article Lp. 421-5 du même code.

³⁷ Voir le III de l'article Lp. 442-6.

punies d'une peine d'amende au regard des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce ou qu'elles peuvent se rattacher à une pratique d'abus de position dominante affectant le jeu de la concurrence sur le marché concerné ou à une exploitation abusive d'un état de dépendance économique au sens du titre II du même livre.

52. L'article Lp. 421-2 du code de commerce dispose en effet qu'« *est également prohibée (...) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise :*
1.- *d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci*
2- *de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur ne disposant pas de solution équivalente. Ces abus peuvent, notamment, consister, (...) dans des pratiques restrictives visées par une ou plusieurs des dispositions de l'article Lp. 442-6* » (soulignement ajouté).
53. En l'espèce, l'Autorité observe que les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge n'ont pas évoqué, ni *a fortiori* démontré, l'existence d'une pratique d'abus de position dominante ni l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique dans lequel elles se trouveraient à l'égard de la société Intec par la mise en œuvre de pratiques restrictives visées à l'article Lp. 442-6 du code de commerce, affectant le jeu de la concurrence sur le marché concerné.
54. En tout état de cause, l'abus de dépendance économique suppose la réunion de trois conditions cumulatives : (i) l'existence d'une situation de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre, (ii) une exploitation abusive de cette situation et (iii) une affectation, réelle ou potentielle, du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le ou les marchés considérés. En l'absence de l'une de ces trois conditions, l'abus de dépendance économique n'est pas établi.
55. Or, en l'espèce, la qualification d'un état de dépendance économique ne saurait être retenue. En effet, l'Autorité rappelle qu'au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, « *l'existence d'un état de dépendance économique d'un distributeur par rapport à un fournisseur s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* ». La jurisprudence précise que ces conditions doivent être simultanément réunies pour entraîner la qualification d'un état de dépendance économique³⁸. Or, si les sociétés saisissantes allègent ne pas avoir d'autre choix que de passer par la société Intec pour assurer l'entretien des ascenseurs dans leurs immeubles, elles ne peuvent pour autant être considérées comme se trouvant dans un « état de dépendance économique » à l'égard de la société Intec, dans la mesure où elles ne réalisent aucun chiffre d'affaires avec la société Intec, la société N'Johnston exerçant une activité de holding et la société Le Lys Rouge une activité de location immobilière. En conséquence, aucune pratique d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ne saurait être alléguée à l'encontre de la société Intec quelles que soient les pratiques mises en œuvre à l'égard des saisissantes.
56. Par ailleurs, l'Autorité rappelle que l'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante sur un marché où, du fait précisément de sa présence, le degré de concurrence est déjà affaibli, lorsque ces comportements ont pour objet ou pour effet, actuel ou potentiel, de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une concurrence normale entre opérateurs économiques, fondée sur les mérites de chacun, au maintien du degré de concurrence existant encore ou au développement de cette concurrence³⁹.

³⁸ Cour de cassation, arrêt du 9 avril 2002, pourvoi n°00-13.921.

³⁹ Voir l'arrêt de la Cour de justice 17 février 2011, Telia Sonera Sverige, C-52/09, Rec. 2011 p. I-527, point 27 et la jurisprudence citée

57. En l'espèce, s'il n'est pas exclu que la société Intec puisse être considérée comme en situation de position dominante sur le marché de l'entretien et la réparation des ascenseurs de la marque Sodimas qu'elle est seule à commercialiser, la caractérisation d'une pratique d'abus de position dominante nécessiterait, en tout état de cause, l'existence d'une atteinte à la concurrence sur ce marché ou sur un marché connexe à celui-ci du fait des pratiques mises en œuvre par la société Intec, ce qui n'est ni invoqué, ni démontré par les parties en l'espèce.
58. Il s'ensuit que les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge n'apportent aucun élément de nature à démontrer que les pratiques alléguées au regard de l'article Lp. 442-6 du code de commerce se rattachent à une pratique d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ou constitue un abus de position dominante affectant le jeu de la concurrence sur le marché concerné.
59. En conséquence, l'Autorité considère que la saisine des sociétés Johnston et le Lys Rouge, fondée sur la violation des dispositions du I de l'article Lp. 442-6 du code de commerce, n'entre pas dans le champ de sa compétence.
60. En application du premier alinéa de l'article Lp. 462-8 du code de commerce, la saisine est donc déclarée irrecevable sur ce premier moyen.

2. Sur le prétendu manquement à l'obligation de communication des conditions générales de vente

61. L'article Lp. 441-6 du code de commerce prévoit l'obligation pour « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur* » de communiquer ses conditions générales de vente « *à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services qui en fait la demande dans l'exercice de son activité professionnelle* »⁴⁰.
62. Ainsi, le manquement à l'obligation de communication des conditions générales de vente ne peut être constitué que si le demandeur de prestation en a fait la demande. Ces conditions générales de vente doivent, en outre, contenir un certain nombre d'informations dont les conditions de vente, le barème des prix, les réductions de prix et les conditions de règlement.
63. En l'espèce, les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge ont indiqué, lors de leur audition, qu'elles disposaient déjà des conditions générales de vente de la société Intec, annexées au contrat d'entretien, mais que « *dans celles-ci, il n'existe aucune grille tarifaire ni indications concernant la fixation des prix* »⁴¹.
64. Cependant, il ressort des pièces du dossier que les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge disposent d'un contrat d'entretien d'ascenseur – « Contrat d'entretien simple » – accompagné de « Conditions générales syndicales », lesquelles ne correspondent pas à des « conditions générales de vente » au sens de l'article Lp. 441-6 précité dans la mesure où ne sont pas précisés « *les conditions de vente, le barème des prix, les réductions de prix* ».

⁴⁰ L'article Lp. 441-6 du code de commerce prévoit que « *I. - Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services qui en fait la demande dans l'exercice de son activité professionnelle. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent notamment :*

- *les conditions de vente ;*
- *le barème des prix ;*
- *les réductions de prix ;*
- *les conditions de règlement.*

⁴¹ Voir le procès-verbal d'audition du 7 août 2018 (annexe n°8 – cote 55).

65. Or, aucune pièce du dossier ne permet d'établir que les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge ont demandé à la société Intec la communication de ses conditions générales de vente au sens de l'article Lp. 441-6 du code de commerce précité et que cette dernière aurait refusé de les leur communiquer.
66. Les éléments du dossier attestent uniquement de ce que les saisissantes ont contesté l'élaboration du nouveau tarif proposé par la société Intec et qu'elles ont sollicité la révision de cette proposition à plusieurs reprises, se plaignant de l'absence d'indications concernant la fixation du prix.
67. Au cours de la séance, les saisissantes ont confirmé n'avoir pas demandé les conditions générales de vente de la société Intec. Elles ont également précisé à l'Autorité qu'elles n'avaient pas tenté de renégocier leurs contrats en 2018 et 2019, de sorte que le contrat initial se poursuit, en raison d'une clause de tacite reconduction, aux conditions tarifaires fixées en 2014.
68. L'Autorité en déduit que les éléments du dossier ne permettent pas de caractériser le manquement de la société Intec à son obligation de communication des conditions générales de vente, dès lors que les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge ne rapportent pas la preuve qu'elles les ont effectivement demandées.
69. Au vu de ce qui précède, la saisine des sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge doit être rejetée pour défaut d'éléments probants en ce qui concerne le second moyen tiré de la violation de l'article Lp. 441-6 du code de commerce.
70. L'Autorité souligne néanmoins qu'au cours de la séance, elle a clairement invité les représentants de la société Intec à se doter au plus vite de conditions générales de vente respectant les prescriptions de l'article Lp. 441-6 du code de commerce, en précisant notamment les conditions de vente, le barème des prix, les éventuelles réductions de prix et les conditions de règlement applicables, dans la mesure où les sociétés N'Johnston et Le Lys Rouge seraient légitimement fondées à lui en demander la communication, en application du même article. L'Autorité a précisé aux représentants de la société Intec qu'un éventuel refus exposerait la société à un risque d'amende d'un montant d'un million de francs CFP en application du VII du même article. Les représentants de la société Intec ont indiqué « *avoir pris bonne note* » de l'ensemble de ces éléments.

DECIDE

Article 1^{er} : En application de l'article Lp. 462-8 du code de commerce :

- la saisine **est déclarée irrecevable pour incompetence** en ce qui concerne les pratiques mises en œuvre par la société Intec, analysées en tant que pratiques restrictives de concurrence au regard des alinéas 1 et 2 du I de l'article Lp. 442-6 du code de commerce ;
- la saisine est **rejetée pour défaut d'éléments probants** en ce qui concerne les pratiques mises en œuvre par la société Intec, analysées au regard de l'article Lp. 441-6 du code de commerce.

Article 2 : Conformément aux dispositions de l'article Lp. 465-1 du code de commerce et de l'article 2 de l'arrêté n° 2018-521/GNC du 13 mars 2018, la présente décision occultée des secrets d'affaires sera publiée sur le site internet de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Anne-Laure Vendrolini, rapporteure générale adjointe, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente et MM. Jean-Michel Stoltz, vice-président et Robin Simpson, membres.

La secrétaire de séance,

La Présidente,



Marjolaine Vollmer

Aurélie Zoude-Le Berre