



HAL
open science

Pratiques restrictives de concurrence en Nouvelle-Calédonie et en métropole: deux réformes en parallèle

Matthieu Buchberger

► **To cite this version:**

Matthieu Buchberger. Pratiques restrictives de concurrence en Nouvelle-Calédonie et en métropole: deux réformes en parallèle. 2020. hal-02508253

HAL Id: hal-02508253

<https://hal.science/hal-02508253>

Preprint submitted on 13 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Pratiques restrictives de concurrence en Nouvelle-Calédonie et en métropole, deux réformes en parallèle

Matthieu Buchberger¹

A quelques jours d'intervalle, les règles relatives au droit de la concurrence ont fait l'objet d'une réforme tant en métropole qu'en Nouvelle-Calédonie. L'ambition des deux réformes n'est pas la même. En métropole, les deux ordonnances du 24 avril 2019, prises en application de la loi « Egalim » du 30 octobre 2018, ne concernent que le titre 4 du livre 4 du Code de commerce qui édicte les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence, à la transparence, et aux délais de paiement. La réforme est néanmoins importante, puisqu'elle réorganise les dispositions du Code de commerce pour les rendre plus cohérentes, et cherche à en simplifier et à en rationaliser le contenu. En Nouvelle-Calédonie, la réforme issue de la loi du pays 2019-10 du 19 avril 2019, bien que concernant l'ensemble du droit de la concurrence, et non uniquement le droit des pratiques restrictives de concurrence, est plus mesurée.

La réforme du droit calédonien pourrait donc n'être qu'une première étape (I), celle du droit métropolitain pouvant servir d'exemple à suivre (II).

I. La réforme du droit calédonien : une première étape

La loi du pays du 19 avril 2019, qui consacre une recommandation de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC)², ne concerne pas uniquement les pratiques restrictives, puisqu'elle procède également à un toilettage des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux concentrations, que l'on évoquera rapidement. Pour l'essentiel, il ne s'agit que de points de détails, afin d'éviter certaines imprécisions, sources d'ambiguïtés³. Certains articles sont également restructurés, pour en faciliter la compréhension. C'est notamment le cas de l'article Lp. 421-1 du Code de commerce, relatif aux ententes, qui vise désormais les accords qui « ont pour effet » - et non plus qui « peuvent avoir pour effet » - de porter atteinte à la concurrence. C'est également le cas de l'article Lp. 421-2 de ce même code qui, s'inspirant désormais du texte métropolitain, distingue plus clairement l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique. Le législateur a par ailleurs souhaité rationaliser et simplifier le droit des pratiques anticoncurrentielles. Désormais, les conditions pour justifier les exclusivités d'importation sont calquées sur celles initialement prévues pour les autres pratiques anticoncurrentielles (v. art. Lp. 421-4, I C. com.), ce qui implique de démontrer que la pratique ne supprime pas toute concurrence sur le marché concerné, et que l'atteinte à la concurrence n'est pas disproportionnée par rapport à ce qui est nécessaire pour la réalisation des objectifs légitimes poursuivis. On notera en outre des simplifications plus radicales, comme la suppression de la possibilité de justifier les abus de position dominante et de dépendance économique (un abus n'étant par principe pas justifiable), ainsi que l'abrogation de l'article Lp. 421-5 et avec lui la prohibition des prix abusivement bas. Ce dispositif, inutilisé,

¹ Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), membre de l'IRDA, membre non permanent de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Les positions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur, et non celles de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

² V. 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.

³ V. par ex. l'article Lp. 421-1 C. com., dans lequel l'expression « peuvent avoir » est supprimée.

n'avait pas fait preuve de son utilité. Concernant les concentrations, on relèvera à l'article Lp. 431-5 du Code de commerce une consécration de la pratique décisionnelle de l'ACNC, avec la réduction du délai pour que cette dernière se prononce lorsque les opérations ont peu d'impact sur la concurrence⁴. L'article Lp. 431-7 du Code de commerce est également modifié, pour réduire de 100 à 70 jours le délai pour statuer en cas d'examen approfondi. Ce délai est porté à 100 jours maximum lorsque des engagements sont présentés.

Concernant les règles relatives à la transparence, aux pratiques restrictives, et aux délais de paiement, elles sont également modifiées par la loi du pays du 19 avril 2019. On rappellera qu'une des spécificités en Nouvelle Calédonie est que l'ACNC est en principe compétente pour sanctionner les dispositions du titre 4 du livre 4 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie⁵. Cette compétence est expressément prévue à l'article Lp 444-1 du Code de commerce, auquel renvoie l'article Lp. 441-10 de ce même code. L'article Lp. 450-1, III prévoit par ailleurs la compétence de l'ACNC pour constater l'ensemble des infractions relatives au droit de la concurrence. La DAE, qui avant la création de l'ACNC était compétente pour l'application de l'ensemble du titre 4, reste compétente pour mener les enquêtes (semble-t-il à côté de l'ACNC⁶) pour les infractions concernant les factures (art. Lp. 441-3 C. com.), les ventes sans autorisation sur les domaines public et privé (art. Lp. 442-8 C. com.) et la publicité relative à des promotions portant sur certains produits alimentaires périssables (art. Lp. 441-2 C. com.).

La loi du pays du 19 avril 2019 ne modifie pas ces spécificités, pas plus qu'elle ne bouleverse les dispositions du titre 4 du livre 4 du Code de commerce. Cependant, suivant un mouvement également constaté en métropole, elle substitue aux sanctions pénales antérieures, jugées trop complexes à mettre en œuvre, des amendes administratives, prononcées par l'ACNC (A), et précise la procédure devant l'ACNC (B).

A. La substitution de sanctions administratives aux sanctions pénales

La loi du pays du 19 avril 2019 réorganise le titre 4 du livre 4 du Code de commerce pour clarifier les sanctions applicables, et pour leur substituer des sanctions administratives. Chaque chapitre de ce titre se clôt par un article relatif à la sanction administrative, qui prévoit que l'amende administrative est doublée en cas de réitération du manquement dans un délai de 2 ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive⁷. Chacun de ces articles finals renvoie également, pour certains des articles du chapitre concerné, à un nouvel article Lp. 444-1 du Code de commerce, qui prévoit la compétence de l'ACNC et la procédure à suivre, pour prononcer des sanctions administratives. Ce texte est par ailleurs complété par un article Lp. 444-2, relatif à la prescription et aux règles de cumul des sanctions administratives entre elles, et entre ces dernières et d'éventuelles sanctions pénales.

Cette substitution se constate pour les règles relatives à la transparence (1), aux pratiques restrictives (2) et aux délais de paiement (3).

⁴ V. également art. Lp. 432-3 C. com. pour le délai pour statuer sur les opérations dans le secteur du commerce de détail. Les sanctions en cas de non-respect des dispositions relatives à ces opérations sont aggravées et étoffées (v. art. Lp. 432-5 C. com.).

⁵ En métropole, la DGCCRF est compétente dans ces domaines.

⁶ Les textes semblent permettre également à l'ACNC de prononcer des injonctions pour ces manquements.

⁷ V. art. Lp. 441-10, Lp. 442-9 et Lp. 443-3 C. com.

1. Règles relatives à la transparence

Comme en métropole, la loi impose, sur demande de l'acheteur, la communication des conditions générales de vente, qui doivent contenir un certain nombre de mentions obligatoires. Comme en métropole, il est possible de prévoir des CGV différenciées selon la catégorie d'acheteur ou de demandeur de prestation de services⁸. En revanche, les discriminations subjectives restent interdites en Nouvelle-Calédonie⁹. Si des conditions particulières de vente sont prévues, elles doivent donc être justifiées par la spécificité des services rendus¹⁰. La loi du pays du 19 avril 2019 prévoit désormais une amende de 1 million de francs, ou de 5 millions de francs pour les personnes morales, en l'absence de communication des CGV, en cas de non-respect du barème de prix et/ou des conditions générales de vente, et en l'absence de mention des conditions de règlement¹¹.

Quant aux factures, une amende – désormais administrative – de 8,5 millions de francs (45 millions pour les personnes morales) est encourue en cas de refus de la fournir, ou si la facture ne contient pas toutes les mentions obligatoires ou n'est pas conservée¹². En principe, ce sont les agents de la DAE qui sont compétents pour enquêter sur les infractions relatives aux factures¹³. Une incertitude subsiste cependant concernant la sanction de ces infractions. Selon l'article Lp. 444-1, l'ACNC est compétente pour sanctionner l'ensemble des infractions du titre 4. Et ce même article précise que cette sanction est prononcée sur proposition des agents mentionnés à l'article Lp. 450-1 du Code de commerce, ce qui inclut le service d'instruction de l'ACNC, mais également les agents de la DAE. On aurait donc pu penser que l'ACNC est compétente pour sanctionner les infractions aux règles relatives aux factures constatées par la DAE. Mais l'article Lp. 441-10 du Code de commerce, qui clôture le titre 4, énonce que « L'amende administrative encourue aux articles Lp. 441-2-1, Lp. 441-4 et Lp. 441-6 à Lp. 441-9 est prononcée dans les conditions prévues à l'article Lp. 444-1 du présent code ». N'est donc pas visé l'article Lp. 441-3 du Code de commerce, relatif aux factures. On devrait donc en déduire que l'ACNC n'est pas compétente pour sanctionner par une amende administrative la violation de ce texte. Mais aucun texte ne rend la DAE compétente pour prononcer cette sanction. Une clarification sur ce point serait opportune.

C'est également une sanction administrative de 1 million de francs pour les personnes physiques et de 5 millions de francs pour les personnes morales, qui est désormais prévue pour la violation de l'article Lp. 441-2-1 du Code de commerce. Ce texte, qui est une spécificité locale, encadre l'octroi des remises. Ainsi, toute remise accordée par le vendeur à un professionnel doit être fixée sur la base de critères précis et objectifs et justifiée par des contreparties ou engagements réels et explicites de la part de l'acheteur, tels que des engagements sur les volumes d'achat et/ou les chiffres d'affaires. Dans le secteur des produits agricoles, aucune remise n'est possible, sauf accord interprofessionnel approuvé par le gouvernement. De même, sauf accord interprofessionnel approuvé par le gouvernement, la facturation de remises différées est interdite dans tous les secteurs d'activité. Il n'est pas évident de déterminer précisément ce que sont ces « remises différées ». Elles doivent être distinguées

⁸ Art. Lp. 441-6, II C. com.

⁹ Art. Lp. 442-6, I, 1° C. com.

¹⁰ Art. Lp. 441-6, III C. com.

¹¹ Art. Lp. 441-6, VII C. com.

¹² Art. Lp. 441-4 C. com.

¹³ Art. Lp. 450-1, II C. com.

des remises rétroactives, interdites en application de l'article Lp 442-6, II, du Code de commerce, et qui correspondent à des remises non prévues initialement et accordées pour des opérations déjà réalisées. En réalité, il semble que les remises différées sont des remises conditionnelles, c'est-à-dire prévues sur la facture mais dont la réalisation n'est pas certaine, ce que serait par exemple une remise conditionnée par la réalisation d'un certain chiffre d'affaires¹⁴. Il est vrai toutefois que l'article Lp. 441-3 du Code de commerce, relatif à la facture, prévoit l'obligation d'indiquer les conditions d'escompte, ce qui correspond à une remise accordée en cas de paiement avant l'échéance prévue dans les CGV. Cette remise différée particulière, prévue par un texte, semble donc valable, par exception à l'interdiction édictée à l'article Lp. 441-2-1.

Enfin, une sanction administrative (8,5 millions de francs pour les personnes physiques et 45 millions pour les personnes morales) vient également remplacer la sanction pénale applicable en l'absence de conclusion d'une convention unique dans les délais impartis par la loi¹⁵. On rappellera par ailleurs qu'en Nouvelle-Calédonie, il faut encore rédiger, en plus de la convention unique, une convention spéciale pour les services de coopération commerciale¹⁶. Aucune sanction n'est cependant prévue en l'absence d'une telle convention. Il est toutefois précisé que si un distributeur facture des services de coopération commerciale dépourvus de contrepartie réelle, il encourt une peine désormais administrative de 1 million de francs, multipliée par 5 pour les personnes morales¹⁷.

2. Règles relatives aux pratiques restrictives

Les pratiques restrictives de concurrence englobent les procédés de vente illicites, les pratiques de prix illicites et les abus. Ces derniers ne sont toutefois pas concernés par la substitution des sanctions administratives aux sanctions pénales, dès lors qu'ils relèvent de la compétence du juge civil, devant lequel peuvent être portées les actions en responsabilité et en nullité auxquelles la mise en œuvre de l'article Lp. 442-6 du Code de commerce de la Nouvelle-Calédonie peut donner lieu.

Concernant les procédés de vente illicites, on relèvera l'absence de modification de la sanction pénale prévue pour les ventes illicites sur le domaine public ou privé¹⁸.

En revanche, les pratiques de prix illicites sont désormais sanctionnées par une amende administrative. Cette amende est de 1 ou de 5 millions de francs, selon que l'auteur est une personne physique ou une personne morale, et ce qu'il s'agisse des prix minimum imposés par

¹⁴ Pour une tentative infructueuse de sanction de ces « marges arrières », sur le fondement des anciens articles 74-1 (interdiction des remises différées) et 77-1 (interdiction des remises rétroactives) de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004, dans sa rédaction issue de la délibération n° 63 du 10 juin 2010, v. TA Nouvelle-Calédonie du 13 janvier 2014, n° 1300029 et du 13 mai 2015, n° 1400216.

¹⁵ V. art. Lp. 441-9 C. com. Ce délai est en principe fixé au 31 mars de chaque année. Selon la commission d'examen des pratiques commerciales (institution de métropole), tant qu'il n'y a pas de convention unique, aucune commande ne doit être passée : Avis n° 10-15 sur l'application de la LME à certaines relations fournisseurs/distributeurs.

¹⁶ Art. Lp. 441-7 C. com.

¹⁷ V. art. Lp. 441-7, II C. com.

¹⁸ Art. Lp. 442-8 C. com. Le contenu de l'infraction n'est pas modifié, et l'on peut se demander s'il concerne les ventes sur terres coutumières sans autorisation, très fréquentes en pratique. A priori, dès lors que les terres coutumières ne relèvent ni du domaine public, ni du domaine privé, on pourrait penser qu'elles ne sont pas concernées par ce texte.

un fabricant à ses distributeurs¹⁹, ou de la revente à perte²⁰. A propos de la revente à perte, on rappellera que selon l'article Lp. 442-2 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du pays 2018-9 du 31 août 2018, « est interdit pour tout commerçant le fait de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix hors TGC inférieur à son coût de revient licite pour les produits importés ou à son prix d'achat net pour les produits locaux ». Le coût de revient licite et le prix d'achat net sont calculés selon les modalités fixées par l'article 4-3 de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004. Contrairement à la métropole, l'interdiction s'applique quelle que soit la taille de l'entreprise. De même, le calcul du seuil de revente à perte présente des spécificités en Nouvelle-Calédonie. En particulier, le système du « simple net » s'applique. Cela signifie que ne sont pas prises en compte les remises conditionnelles (système du double net), qui de toute façon sont illicites²¹. Ne sont pas davantage pris en compte les services rendus au titre de la coopération commerciale (système du triple net), alors pourtant que leur montant se compense avec le prix d'achat, ce qui pourrait conduire à réduire ce dernier et donc le seuil de revente à perte. On rappellera à ce propos que l'ACNC préconise la suppression de l'interdiction de la revente à perte²².

3. Règles relatives aux délais de paiement

En Nouvelle-Calédonie, les délais de paiement sont encadrés par l'article Lp. 443-2 du Code de commerce, qui fixe la règle – impérative – d'un règlement au 30^{ème} jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation. Cependant, pour les produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut fixer, par arrêté, des délais de paiement qui ne peuvent être supérieurs à 30 jours fin de mois. En application de cet article, un arrêté du 3 janvier 2008 prévoit des règles spéciales pour les produits frais²³ et pour les autres produits²⁴, étant précisé qu'il est possible de déroger à ces délais spéciaux, dans la limite toutefois de 30 jours suivant la date de réception des marchandises.

Là encore, le non-respect de ces délais est désormais sanctionné par une amende administrative de 1 million de francs CFP pour les personnes physiques, portée à 5 millions de francs CFP pour les personnes morales.

B. Précisions relatives à la procédure, aux pouvoirs d'enquête, et à l'organisation de l'ACNC

La loi du pays du 19 avril 2019 apporte des précisions importantes concernant la procédure devant l'ACNC pour les manquements qu'elle est chargée de sanctionner. Cette réforme était attendue, car nécessaire pour rendre effectif le droit relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux délais de paiement en Nouvelle-Calédonie. Cette procédure

¹⁹ Art. Lp. 442-5 C. com. Ce texte devrait être réécrit. Son 1^{er} alinéa reprend l'ancien article 81 de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004. Le second alinéa, consacré à la sanction, reprend l'ancien article 100 de cette délibération. Mais ce second alinéa redéfinit l'infraction, en des termes qui diffèrent en partie du 1^{er} alinéa, ce qui est source d'incertitudes.

²⁰ Art. Lp. 442-2 C. com.

²¹ Art. Lp. 441-2-1 du Code de commerce.

²² Pour plus de développements, v. M. Buchberger, « Commentaire de la Décision n° 2018-D-01 du 26 février 2018 de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, constatant la première réunion de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie », in Cahiers du Larje n° 2018-6, Veille et éclairage juridiques, sous la direction de C. Bidaud-Garon, p. 43, spéc. p. 46.

²³ 10 jours après la quinzaine calendaire de livraison pour les entreprises de moins de 10 salariés, et 10 jours après la fin du mois de livraison pour les autres entreprises.

²⁴ 14 jours après la fin du mois de livraison.

est détaillée aux articles Lp. 444-1 et Lp. 444-2 du Code de commerce. Selon le premier de ces textes, les manquements sont constatés par les agents de l'ACNC, qui saisissent ensuite le rapporteur général de l'ACNC. Ce dernier « informe par écrit l'entreprise mise en cause des sanctions encourues, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix. Il invite les parties à présenter, dans un délai d'un mois, leurs observations écrites et, le cas échéant, leurs observations orales ». L'ACNC peut alors rendre sa décision. Elle peut enjoindre à l'entreprise de se conformer aux obligations méconnues, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite, dans un délai raisonnable. Elle peut également prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements et l'inexécution des mesures d'injonction le cas échéant adoptées. Elle peut enfin constater qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure ou déclarer la saisine irrecevable.

De façon plus anecdotique, on relèvera la légère modification de l'article Lp. 442-6 du Code de commerce (relatif aux abus), qui permet désormais au président de l'ACNC de saisir la juridiction civile en cas de violation de cet article, et de demander le prononcé d'une amende civile dont le montant peut aller jusqu'à 600 millions de francs, 3 fois le montant des sommes indûment perçues, ou 5% du chiffre d'affaires annuel (proportionné à la gravité du manquement).

Bien que cela ne concerne pas uniquement les pratiques restrictives de concurrence, il faut par ailleurs relever que la loi du pays du 19 avril 2019 apporte également des précisions opportunes sur les pouvoirs d'enquête des services d'instruction, exposés aux articles Lp. 450-1 et suivants du Code de commerce. Les conditions pour accéder aux lieux utilisés à des fins professionnelles sont détaillées à l'article Lp. 450-5 du Code de commerce. Est expressément prévue la possibilité d'obtenir la communication et de copier les livres, factures et autres documents professionnels, ainsi que l'accès aux logiciels et aux données stockées. Si l'établissement de la preuve de l'infraction ou du manquement en dépend et s'ils ne peuvent être établis autrement, les agents de l'ACNC peuvent différer le moment où ils déclinent leur qualité jusqu'à la notification de la constatation de l'infraction ou du manquement. Ils peuvent même faire usage d'une identité d'emprunt, en particulier pour la découverte d'exclusivités d'importation.

Enfin, des précisions sont apportées concernant l'organisation de l'ACNC. Pour assurer plus encore son indépendance, il est désormais prévu que le mandat de l'ensemble des membres – et non plus uniquement du président – n'est renouvelable qu'une seule fois²⁵. Il est également précisé que les décisions supposent la présence de 3 membres « minimum », et qu'en cas de partage des voix, celle du président de la formation est prépondérante²⁶. On relèvera également que l'indépendance de l'ACNC est davantage assurée par le fait que son président est désormais ordonnateur principal des recettes et des dépenses de l'autorité²⁷.

II. La réforme du droit métropolitain : un exemple à suivre ?

La loi Egalim du 30 octobre 2018 habilitait le gouvernement français à réformer par ordonnance le titre 4 du livre 4 du Code de commerce métropolitain. C'est chose faite depuis l'ordonnance

²⁵ Art. Lp. 461-1 C. com.

²⁶ Art. Lp. 461-3 C. com.

²⁷ Art. Lp. 461-4 C. com.

n° 2019-359 du 24 avril 2019²⁸, dont les mérites ont été diversement appréciés, certains commentateurs lui reprochant un manque d'audace²⁹. Mais les améliorations sont toutefois notables, ne serait-ce que dans la présentation, qui vise à rationaliser l'organisation des textes. Le premier chapitre, s'il traite toujours de la transparence, est subdivisé en sections ordonnées chronologiquement. Sont ainsi successivement exposées les règles relatives aux conditions générales de vente (art. L. 441-1 et s. C. com.), à la négociation et à la formalisation de la relation commerciale (art. L. 441-3 et s. C. com.), ainsi qu'à la facturation et aux délais de paiement (art. L. 441-9 et s. C. com.). Le chapitre 2 réunit désormais, sous l'appellation de « Pratiques commerciales déloyales entre entreprises », les anciens chapitres 2 et 3 relatifs aux pratiques restrictives de concurrence (art. L. 442-1 et s. C. com.) et aux autres pratiques prohibées (art. L. 442-9 C. com.). Enfin, un chapitre 3 est entièrement consacré aux dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires (art. L. 443-1 et s. C. com.), confirmant ainsi la volonté de créer un droit spécial pour ces produits³⁰. Il est évident qu'une telle réorganisation serait utile pour les textes du Code de commerce de la Nouvelle-Calédonie. En particulier, les règles relatives aux produits agricoles et denrées alimentaires pourraient également être isolées, puisqu'elles sont soumises à des règles particulières³¹. Allant plus loin, une réflexion serait opportune pour déterminer dans quelle mesure d'autres règles spécifiques et/ou dérogatoires devraient être adoptées pour les activités agricoles. On pense notamment à l'exigence d'une convention unique, totalement ignorée en pratique dans le domaine agricole, alors que faute de distinction, cette exigence leur est applicable, avec les mêmes sanctions.

Au-delà de ses aspects formels, la réforme en métropole, comme celle conduite en Nouvelle-Calédonie, consacre un recul des sanctions pénales et civiles au profit de sanctions administratives. Ainsi, les règles relatives à la facturation font désormais, comme en Nouvelle-Calédonie, l'objet d'une sanction administrative. On remarquera toutefois que le droit calédonien se montre toujours plus modéré que le droit métropolitain concernant le montant des sanctions administratives.

Quant au fond, aucune modification n'étant à relever concernant les délais de paiement, nos propos se limiteront aux règles relatives à la transparence (A) et aux pratiques commerciales déloyales (B).

²⁸ Ne sera pas détaillée une autre ordonnance du même jour (Ord. n° 2019-358), relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas, qu'un fournisseur de produits agricoles ou de denrées alimentaires peut intenter à l'égard de son acheteur.

²⁹ M. Chagny, « La refonte du Titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », RTD com. 2019, p. 353 ; M. Chagny, « Quelle refonte du Titre IV du Livre IV du code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ? », JCP E 2019, n° 304 ; « Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence après la refonte du titre IV du livre IV du code de commerce », Revue Lamy de la concurrence, n° 84, 1er juin 2019 ; F. Buy, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », D. 2019, p. 1122 ; Dossier Les pratiques restrictives de concurrence après la réforme du Titre IV du Livre IV du code de commerce, Lamy concurrence n° 84, juin 2019 ; M. Behar-Touchais, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », JCP E 2019, n° 1363.

³⁰ V. déjà, à propos de la loi Egalim : A.-S. Choné, « Loi Egalim : un nouveau droit de la distribution des produits agricoles et alimentaires », JCP E 2019, 1021. V. également l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires.

³¹ V. par ex. art. Lp. 441-2 et art. Lp. 441-2-1, II C. com.

A. Règles relatives à la transparence

Concernant les factures, la réforme harmonise les dispositions du Code de commerce avec celles du code général des impôts relatives à la facturation. L'expression de « réalisation de la vente » est ainsi remplacée à l'article L. 441-9 du Code de commerce par celle de « réalisation de la livraison ou de la prestation de service au sens du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts ». Une telle clarification pourrait également être réalisée en Nouvelle-Calédonie. En effet, l'article Lp. 441-3 du Code de commerce se réfère à la « réalisation de la vente ou [de] la prestation de service », là où l'article Lp. 514 du Code des impôts de la Nouvelle-Calédonie vise « la réalisation de l'opération », précisant que la facture doit être délivrée « pour les livraisons de bien », ce qui semble faire de la livraison l'élément déclencheur de la facture. Mais une référence expresse à la « livraison », dans le Code de commerce et le Code des impôts éviterait toute incertitude.

Quant aux règles relatives aux conditions générales de vente, outre des clarifications formelles opportunes, l'ordonnance du 24 avril 2019 précise expressément, dans un nouvel article L. 441-1 du Code de commerce, que seules des conditions générales de vente existantes doivent être communiquées, confirmant l'interprétation selon laquelle la loi n'impose pas de rédiger des conditions générales de vente. Cette clarification mériterait d'être reprise à l'article Lp. 441-6 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

En revanche, les clarifications et simplifications apportées par l'ordonnance du 24 avril 2019 concernant la convention unique, dont le régime figure désormais aux articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce, ne présentent que peu d'intérêts pour la Nouvelle-Calédonie. De fait, ce besoin de clarification et de simplification en métropole résultait essentiellement de la complexification de l'ancien article L. 441-7 du Code de commerce par diverses lois postérieures à la loi du 4 janvier 2008, et en particulier par la loi Hamon du 17 mars 2014. Or, ces différentes modifications n'ont pas été étendues à la Nouvelle-Calédonie, l'article Lp. 441-9 étant pour l'essentiel le décalque de l'ancien article L. 441-7 du Code de commerce, dans sa version issue de la loi du 4 janvier 2008.

La Nouvelle-Calédonie pourrait toutefois s'interroger sur l'opportunité, à l'instar de ce qui se fait désormais en métropole, de prévoir un régime de convention unique plus exigeant pour le secteur de la grande distribution (régime prévu dorénavant à l'article L. 441-4 du Code de commerce), voire de limiter à ce seul secteur l'exigence d'une convention unique, puisque l'opportunité de cette dernière dans d'autres secteurs de l'économie n'a rien d'une évidence.

Il serait également opportun de prévoir en Nouvelle-Calédonie, comme c'est le cas en métropole depuis le 1^{er} janvier 2017³², que la convention unique peut être conclue pour une durée de 1, 2 ou 3 ans, et non uniquement pour une année comme c'est le cas actuellement.

B. Pratiques commerciales déloyales

L'expression de « pratiques commerciales déloyales » englobe désormais les « pratiques restrictives de concurrence » et les « autres pratiques prohibées ». Au sein de la première catégorie, les articles L. 442-1 à L. 442-4 du Code de commerce consacrent une réorganisation et une simplification de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. Cette nouvelle

³² En application de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016.

rédaction accentue la différence entre le droit métropolitain et le droit calédonien. De fait, même avant la réforme, l'article Lp. 442-6 du Code de commerce de la Nouvelle-Calédonie, s'il s'inspirait fortement de son homologue métropolitain, multipliant à outrance les exemples d'abus, présentait déjà de nombreuses spécificités. Ainsi, les discriminations subjectives sont encore interdites en Nouvelle-Calédonie³³, alors qu'elles ne le sont plus en métropole depuis la loi LME du 4 août 2008. De même, certaines pratiques sont sanctionnées en tant qu'abus en Nouvelle-Calédonie, alors qu'elles ne l'ont jamais été en métropole. C'est notamment le cas de l'interdiction de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations contrevenant aux dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles, ou relatives à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux délais de paiements³⁴.

L'ordonnance du 24 avril 2019 n'a donc fait qu'accentuer la différence entre le droit métropolitain et le droit calédonien. Certaines innovations apportées par cette ordonnance sont sans conteste opportunes, et la Nouvelle-Calédonie pourrait utilement s'en inspirer. En particulier, la réduction sensible des hypothèses d'abus susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur, pour ne conserver que les pratiques les plus générales et les plus fréquentes, est un exemple à suivre. Il serait ainsi possible de ne conserver que trois abus principaux, déjà sanctionnés en Nouvelle-Calédonie et désormais visés à l'article L. 442-1 du Code de commerce métropolitain : les avantages disproportionnés, les déséquilibres significatifs et les ruptures brutales de relation commerciale établie.

Il ne serait en revanche pas utile de transposer l'article L. 442-2 du Code de commerce, qui sanctionne la violation d'une interdiction de revente hors réseau. Cet abus, qui ne figure pas à l'article Lp. 442-6 du Code de commerce calédonien, ne fait en effet que reprendre ce qui résulte déjà de la jurisprudence³⁵. Sa consécration légale est par conséquent inutile.

Quant à la modification des définitions des trois abus retenus, le législateur calédonien devrait se poser la question de savoir s'il souhaite comme en métropole, étendre le domaine d'application des pratiques prohibées. L'ordonnance du 24 avril 2019 protège en effet « l'autre partie », et non plus seulement le « partenaire commercial », contre les déséquilibres significatifs et contre les avantages disproportionnés, ces derniers pouvant de plus être appréciés au regard de toute contrepartie, et non plus uniquement au regard d'un « service commercial ». Mais cet élargissement n'est peut-être pas souhaitable, car il éloigne la règle de son objectif initial - protéger les fournisseurs contre les pratiques de la grande distribution -, et accroît encore l'interventionnisme dans le fonctionnement de l'économie, avec les risques d'insécurité juridique qui en résultent. En revanche, les précisions relatives à la rupture abusive d'une relation commerciale établie apportent davantage de sécurité juridique, et pourraient inspirer le législateur calédonien. De fait, il est désormais prévu en métropole que l'auteur du préavis ne peut voir sa responsabilité engagée dès lors qu'il a respecté un délai de 18 mois, ce qui semble assurer un bon équilibre entre les intérêts de chacune des parties.

Par ailleurs, la Nouvelle-Calédonie pourrait s'inspirer de la réforme métropolitaine concernant les abus sanctionnés par la nullité d'une clause ou d'un contrat, et désormais régis par l'article L. 442-3 du Code de commerce. Ce texte ne prévoit désormais plus que deux causes de nullités des clauses ou contrats : le fait de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes, ou

³³ V. art. Lp. 442-6, I, 1° C. com.

³⁴ V. art. Lp. 442-6, I, 8° C. com.

³⁵ V. M. Chagny, « Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence après la refonte du titre IV du livre IV du code de commerce », art. préc.

d'accords de coopération commerciale, et le fait de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. Le premier abus est également sanctionné en Nouvelle-Calédonie, mais non le second, ce qui est logique dans la mesure où les discriminations subjectives sont interdites en Nouvelle-Calédonie. La Nouvelle-Calédonie pourrait suivre la métropole en supprimant l'abus consistant à « obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande », qui ne semble pas utilisé en pratique. Par ailleurs, la question doit être posée de l'opportunité de maintenir, à l'article Lp. 442-6, II du Code de commerce, la nullité des clauses d'un contrat de coopération commerciale prévoyant une contrepartie financière injustifiée. Ne pourrait-on pas se contenter de l'article Lp. 442-6, I, 2° du Code de commerce, selon lequel est sanctionnée par la responsabilité civile de son auteur l'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés, ce qui permet d'englober le cas particulier prévu à l'article Lp. 442-6, II du Code de commerce³⁶ ? Ne retenir que ce texte ne remettrait pas en cause la possibilité de prononcer une amende civile sur le fondement de l'article Lp. 442-6, III du Code de commerce, puisque cette possibilité est prévue pour toutes les pratiques interdites par l'article Lp. 442-6. Il est à noter que cette amende peut atteindre 600 millions de francs CFP, le triple du montant des sommes indument versées, ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en Nouvelle-Calédonie³⁷. Cette amende civile est donc sans commune mesure avec l'amende administrative de 1 million de francs CFP (5 millions pour les personnes morales) que l'ACNC peut prononcer, sur le fondement de l'article Lp. 441-7 du Code de commerce lorsqu'un fournisseur bénéficie « d'une rémunération dépourvue des contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale ». Ces différences de montants, selon que l'amende est prononcée par le juge ou par l'ACNC, ne semblent pas justifiées. Il conviendrait donc de les harmoniser.

³⁶ En métropole, c'est d'ailleurs pour éviter la redondance avec l'article L. 442-6, I, 1°, devenu article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce, que les nouveaux textes métropolitains n'ont pas repris la règle prévue à l'article L. 441-7 ancien du Code de commerce, selon laquelle les rémunérations des obligations de coopération commerciale ne devaient pas être manifestement disproportionnées.

³⁷ En métropole, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, l'article L. 442-5, I C. com. précise que la sanction administrative ne peut dépasser le plus élevé de ces trois montants.