

AVIS N° 2022-A-03 du 13 juillet 2022

Par un acte du 30 novembre 2021 et par notre intermédiaire, la Fédération des Industries de Nouvelle-Calédonie (la « FINC ») a saisi l’Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie (« ACNC » ci-dessous) sur le fondement de l’[article Lp. 462-1 du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie](#) (« CCNC » ci-après) d’une demande d’avis portant sur **l’interprétation des règles du Titre IV du Livre IV du même Code visant à assurer une plus grande transparence dans la relation commerciale entre fournisseurs et distributeurs.**

Pour rappel, le non-respect de ces règles est constitutif d’une pratique commerciale restrictive de concurrence (« PCR »).

A la suite de cette saisine, l’ACNC devait se prononcer sur quatre points :

- La qualification de « distributeur » au sens de l’article [Lp. 441-9 CCNC](#) ;
- La possibilité de renouveler par tacite reconduction la convention unique visée à l’article [Lp. 441-9 CCNC](#) ;
- Le champ d’application territorial des articles [Lp. 441-8 CCNC](#) et [Lp. 441-9 CCNC](#) ;
- L’application de l’article [Lp. 441-9 CCNC](#) dans le cadre de conventions intra-groupes.

Nous vous proposons ci-dessous un décryptage de cet avis daté du 13 juillet 2022 et paru le 18 juillet 2022.

PROPOS ET RAPPELS INTRODUCTIFS FORMULÉS PAR L’ACNC

- L’ACNC rappelle la définition des PCR : comportements d’acteurs économiques présumés restreindre la concurrence et ce, indépendamment de leur impact réel sur le marché ou d’un éventuel objet anticoncurrentiel ;

- L’ACNC affirme ensuite que, contrairement au dispositif métropolitain de contractualisation des relations commerciales qui évolue fréquemment et vers toujours plus de complexité, le dispositif calédonien est stable depuis son introduction en 2010 :

- Le droit des PCR a émergé pour mettre fin aux abus relevés dans le secteur de la grande distribution et a été codifié par la [loi de pays n°2014-7 du 14 février 2014](#) ;
- Les règles comprises au Livre IV du Titre IV du CCNC visent à assurer la transparence de la relation commerciale en imposant un certain formalisme ;
- En vertu de l’article [Lp. 444-1 CCNC](#) en vigueur depuis le 19 avril 2019, l’ACNC a compétence pour sanctionner les PCR.

Puis, l’ACNC procède à quelques rappels relatifs aux règles entourant l’obligation de conclure une convention unique et dont le non-respect est qualifié de PCR :

- En Nouvelle-Calédonie, l’obligation de conclure une convention unique avant le 31 mars,

soit au plus tard le 30 mars de chaque année civile, a été introduite par la délibération n°63 du 2 juin 2010 puis codifiée à [l'article Lp.441-9](#) du CCNC par la loi de pays susvisée de 2014 ;

- L'introduction de cette obligation vise à rétablir l'ordre économique en assurant une plus grande transparence de la relation commerciale et d'inviter les acteurs à travailler sur la compétitivité du secteur ;

- Plusieurs contrôles diligentés lors de la clôture des négociations annuelles 2021 pour s'assurer du respect de cette obligation sur les années 2020 et 2021 ont donné lieu à trois décisions (2021-PCR-03, 2021-PCR-04 et 2021-PCR-05) et nous avons représenté certaines entreprises dans deux de ces décisions ;

- La date butoir du 31 mars soit au plus tard le 30 mars de chaque année civile vise à favoriser la clôture des négociations annuelles au maximum trois mois après le début de l'année civile ;

- Cette obligation incombe au fournisseur et au distributeur ;

- Ces contraintes de forme et de date sont essentielles pour permettre à l'administration d'exercer son contrôle et de vérifier que la relation commerciale n'est caractérisée par aucun abus ;

- La convention unique n'est pas obligatoire dans le cas où la relation commerciale se résume à des commandes ponctuelles basées sur les CGV du fournisseur.

Après ces quelques rappels, l'ACNC traite des interrogations soulevées par la FINC.

NOTION DE DISTRIBUTEUR ET DE PRESTATAIRE DE SERVICES AU SENS DE L'ARTICLE Lp. 441-9 CCNC

Interrogation de la FINC : les termes « le distributeur ou le prestataire de services » de l'article Lp. 441-9 CCNC visent-ils les cafés, hôtels, restaurants (« CHR ») et les détenteurs de distributeurs automatiques de boissons ou de produits alimentaires de sorte que l'obligation de conclure une convention unique avec leurs fournisseurs leur incomberaient également ?

Réponse de l'ACNC :

- L'obligation de conclure une convention unique couvre la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services sans aucune disposition d'exception ;

- A l'instar de la métropole, le législateur calédonien a donc retenu un champ d'application large préservant alors les définitions communément admises par les usages du commerce de sorte que :

- Le terme « distributeur » vise un opérateur qui achète pour revendre les produits en l'état
- Le terme « fournisseur » vise un producteur, un prestataire de services, un grossiste ou un importateur qui vend les produits
- Le terme « prestataire de services » vise un opérateur qui rend des prestations de services au titre de la coopération commerciale.

- La revente en l'état par les CHR n'est que l'accessoire d'une prestation de service plus globale. Ainsi, les CHR ne peuvent pas être considérés comme des distributeurs et n'ont pas l'obligation de conclure de convention unique ;

- L'obligation de conclure une convention unique ne concerne pas que les magasins de commerce de détail de sorte que les grossistes sont aussi concernés par cette obligation puisqu'ils sont bien des opérateurs qui achètent pour revendre en l'état ;

- L'obligation de conclure une convention unique s'applique aux opérateurs détenant des distributeurs automatiques uniquement si ceux-ci ne transforment pas les produits (par exemple : la vente d'une boisson fraîche en l'état par opposition à un café préparé sur place).


Interrogation soulevée par la FINC : quid de l'obligation de conclure une convention unique avec les entités de petite taille comme des stations-services ?

Réponse de l'ACNC : l'obligation de conclure une convention unique s'applique indifféremment du chiffre d'affaires ou de la taille de la surface commerciale ou du secteur d'activité de l'opérateur concerné, à noter que la conclusion d'une convention unique n'est pas obligatoire lorsque la relation consiste en des commandes ponctuelles basées entièrement sur les CGV du fournisseur.

POSSIBILITE DE RECONDUCTION TACITE DE LA CONVENTION UNIQUE AU SENS DE L'ARTICLE LP. 441-9 CCNC

Interrogation soulevée par la FINC : dans le cas où le fournisseur ne modifierait pas ses Conditions générales de vente (CGV) d'année en année et que les conditions de l'opération de vente resteraient les mêmes, la convention unique peut-elle être reconduite tacitement?

Réponse de l'ACNC : aucune disposition du CCNC ne prévoit le renouvellement tacite de la convention unique ou la possibilité d'établir une convention unique pluriannuelle à l'instar de la métropole de sorte qu'il convient de privilégier une interprétation stricte de la loi. Ainsi, la reconduction de la convention dans des termes identiques à ceux de l'année précédente implique en tout état de cause la formalisation d'un nouvel accord explicite et contrôlable quelle que soit la forme de cet accord (par exemple un courriel, explique l'ACNC).


 ***Notre opinion : nous ne partageons pas cette position dans la mesure où la tacite reconduction devrait être expressément interdite par le CCNC (ce qui n'est pas le cas) pour considérer que les parties doivent obligatoirement conclure une nouvelle convention chaque année.***

CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DES ARTICLES LP. 441-8 ET LP. 441-9 CCNC

Interrogation de la FINC : quel est le champ d'application territorial des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 CCNC ?

Réponse de l'ACNC :

- Les enquêtes du service d'instruction en matière de convention unique sont prioritairement orientées vers la relation commerciale entre professionnels calédoniens mais l'application extraterritoriale de l'obligation de conclure une convention unique n'est pas exclue ;
- Par référence à l'avis n°19-17 de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales métropolitaine (« CEPC ») relatif au champ d'application de la réglementation métropolitaine, les articles [Lp. 441-8](#) et [Lp. 441-9 CCNC](#) seront applicables aux situations internationales qui présentent un lien de rattachement suffisant avec la Nouvelle-Calédonie ce qui nécessitera une analyse in concreto de la situation ;
- Un fournisseur calédonien fournissant ses produits à des distributeurs situés hors de la Nouvelle-Calédonie n'est pas tenu de conclure une convention unique et ce, qu'il s'agisse de produits MDD ou pas ;
- En revanche l'ACNC précise qu'il n'est pas exclu qu'un distributeur calédonien et son fournisseur situé hors du territoire de la Nouvelle-Calédonie soient tenus de conclure une convention unique si l'enquête in concreto démontre que l'absence de conclusion de celle-ci aurait, par exemple, des effets sur le fonctionnement équilibré du marché en Nouvelle-Calédonie ;
- Les articles [Lp. 441-8](#) et [Lp. 441-9 CCNC](#) s'appliqueront si les parties désignent la loi calédonienne dans leur contrat.

 ***Notre opinion : nous ne sommes pas convaincus par l'utilité d'une analyse au cas par cas dans la mesure où il nous apparaît logique qu'en matière de loi applicable au contrat, il n'y ait pas de différence de traitement pour le distributeur entre un fournisseur situé en dehors du territoire de la Nouvelle-Calédonie et un fournisseur situé en Nouvelle-Calédonie afin de ne pas desservir les fournisseurs calédoniens. S'il en était autrement, cela reviendrait à dire que, pour un distributeur calédonien, la réglementation appliquée aux contrats conclus avec un fournisseur calédonien pourrait être plus contraignante que la réglementation appliquée aux contrats conclus avec un fournisseur situé en dehors du territoire de la Nouvelle-Calédonie. La réglementation calédonienne***

pourrait avoir pour effet de privilégier les fournisseurs situés en dehors du territoire de la Nouvelle-Calédonie.

APPLICATION DE L'ARTICLE LP. 441-9 CCNC AUX RELATIONS INTRA-GROUPES

Interrogation de la FINC : l'obligation de conclure une convention unique subsiste-t-elle en matière de relations intra-groupes ?

Réponse de l'ACNC : il n'existe aucune exception aux dispositions de l'article [Lp. 441-9 CCNC](#) et le fait pour un grossiste et un distributeur d'appartenir à un même groupe n'implique pas nécessairement une absence d'autonomie commerciale de sorte que les entreprises qui appartiennent à un même groupe sont aussi obligées de conclure une convention unique.

*Notre opinion : nous prenons bonne note de cette position stricte de l'ACNC tout en considérant **que la référence à l'autonomie commerciale n'a pas, à notre sens, grand intérêt en matière de PCR.***

APPLICABILITE DES AVIS DE LA CEPC EN NOUVELLE-CALEDONIE

Interrogation de la FINC : les avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) sont-ils applicables en Nouvelle-Calédonie ?

Réponse de l'ACNC :

- Les avis de la CEPC sont éclairants mais ne lient pas l'ACNC en ce qu'ils ne peuvent pas être transposés à la situation ou la réglementation calédonienne en raison des conditions spécifiques de marché en Nouvelle-Calédonie ;
- La pertinence des avis de la CEPC doit donc être déterminée au cas par cas ;
- La commission consultative des pratiques commerciales (« CCPC » ci-après), homologue de la CEPC en Nouvelle-Calédonie, n'est plus active depuis près de dix ans ;

Il conviendrait de réactiver cette commission en améliorant sa composition pour éviter toute interférence de nature politique ce qui avait déjà été signifié dans un [avis n°2021-A-01 du 1er février 2021](#).



*Notre opinion : en raison de l'utilité de la CEPC en métropole, **nous soutenons la position de l'ACNC quant à la nécessité de réactiver la CCPC.***

RECOMMANDATIONS DE L'ACNC SUITE A CET AVIS

A la suite de cet avis consultatif, l'ACNC recommande :

- D'introduire une nouvelle foire aux questions (« FAQ ») sur le site de l'ACNC pour informer les entreprises de leurs obligations en matière de formalisme de la relation commerciale au

sens des articles [Lp. 441-8](#) et [Lp. 441-9 CCNC](#) ;

- De réformer la composition de la CCPC pour lui permettre d'assurer ses missions légales.

L'ACNC a immédiatement mis en oeuvre sa première recommandation puisque concomitamment à la publication de cet avis. Elle a publié une FAQ portant sur les règles relatives à la transparence des négociations commerciales => <https://autorite-concurrence.nc/pratiques-commerciales-restrictives/faq-transparence-des-negociations-commerciales>