



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2022-PCR-01 du 20 avril 2022

**relative à des pratiques de la Société de Développement Calédonienne (SODEC)
en matière de pratiques commerciales restrictives**

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

Vu la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce ») ;

Vu le livre IV du code de commerce et notamment son titre IV « *De la transparence et des pratiques restrictives de concurrence* » ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu le procès-verbal d'infraction établi par le service d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») le 29 octobre 2021 ;

Vu le courrier du 4 novembre 2021 notifiant à la Société de Développement Calédonienne (ci-après « la société SODEC ») le procès-verbal d'infraction du 29 octobre 2021 ;

Vu les observations écrites et orales formulées par la société SODEC le 2 décembre 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure et les représentants de la société SODEC entendus lors de la séance du 1^{er} mars 2022, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante,

Résumé

La Société de Développement Calédonienne (ci-après, « la SODEC ») est une société active dans le secteur de la restauration rapide, dont l'activité consiste en l'exploitation de restaurants d'enseigne Burger King. Elle se fournit en produits de boissons auprès de la société Le Froid, spécialisée dans la commercialisation et la distribution de boissons gazeuses notamment.

Dans le cadre d'une enquête d'office sur les pratiques commerciales restrictives et la transparence des relations commerciales, le service d'instruction de l'Autorité a dressé un procès-verbal d'infractions le 22 mars 2021 à l'encontre de la SODEC.

Les manquements relevés par le procès-verbal d'infractions :

Le procès-verbal d'infractions reproche à la SODEC de :

- ne pas avoir conclu de contrat de coopération commerciale spécifique avec la société Le Froid et d'avoir tiré un avantage sans contrepartie au titre de la rémunération perçue dans le cadre du budget « ouverture & changement d'enseigne », en violation de l'article Lp. 441-7 du code de commerce ;
- ne pas avoir respecté les règles en matière de facturation en omettant, sur ses factures, plusieurs mentions obligatoires prévues aux articles Lp. 441-3 et 441-6 du code de commerce relatives à la date de la prestation, au prix unitaire, à la quantité, à la dénomination précise, aux conditions d'escompte et au taux des pénalités de retard, et de ne pas avoir réclamé à son fournisseur, la société Le Froid, des factures conformes à la réglementation ;
- ne pas avoir respecté les règles relatives aux délais de paiement régies par l'article Lp. 443-2 du code de commerce et par l'arrêté n° 2008-91/GNC du 3 janvier 2008 ni dans le contrat d'approvisionnement conclu avec la société Le Froid, ni en pratique comme le montre l'examen *in concreto* de cinquante factures émises par la société Le Froid relatives à l'approvisionnement en produits de boisson.

Les justifications de la SODEC :

Dans ses observations, la SODEC fait valoir qu'elle a la volonté de conclure un contrat de coopération commerciale avec la société Le Froid. Concernant le budget « ouverture & changement d'enseigne », la SODEC considère qu'il permet d'acheter des outils de communication et publicité sur le lieu de vente inhérents à l'offre boisson (écrans menuboards en salle, priceboards, portes affiches au drive, bornes de commandes, publicités sur les machines de distribution, présentation des produits sur le site internet et logo sur les gobelets) et de financer le coût de création des contenus de ces supports qui mettent bien évidence la marque « Coca-Cola » vendue par la société Le Froid.

Concernant le manquement aux règles de facturation, la SODEC conteste l'absence des mentions obligatoires sur les factures qu'elle émet. Elle considère que la mention du prix unitaire hors taxe ne lui est pas applicable car les prestations rendues sont forfaitaires, que le titre de la campagne permet de connaître la date de règlement, sans qu'il soit nécessaire de reporter cette mention sur la facture et que les libellés des prestations sont suffisamment précis.

Concernant le manquement aux règles en matière de délais de paiement, la SODEC reconnaît ne pas avoir respecté les délais imposés par les textes, mais invoque des « difficultés internes ».

Sur le manquement au formalisme contractuel au titre de la coopération commerciale :

Au regard des débats au congrès de la Nouvelle-Calédonie lors de l'adoption de ce texte, l'Autorité considère, à l'instar de l'analyse retenue en métropole par la Commission d'examen des pratiques commerciales, que les cafés-hôtels-restaurants (CHR), et donc les restaurants de type « fast-food », ne sont pas concernés par l'obligation de formaliser un contrat de coopération commerciale car, même s'ils revendent en l'état des produits de boisson, cette revente est comprise dans une prestation de services plus globale. En l'espèce, la SODEC ne peut donc se voir reprocher d'avoir inclus des clauses de coopération commerciale dans un contrat d'approvisionnement plus large.

Sur l'absence de contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale :

L'Autorité constate que le II de l'article Lp. 441-7 sanctionnant l'avantage sans contrepartie vise le « commerçant » et non le « distributeur ». Elle considère donc qu'elle doit sanctionner, au moyen d'une amende administrative, un commerçant qui bénéficierait d'une rémunération dépourvue des contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale ou disproportionnée aux services rendus.

En l'espèce, la société Le Froid octroie une rémunération à la SODEC d'un montant de 1 000 000 F. CFP pour chaque ouverture ou changement d'enseigne d'un restaurant Burger King. En contrepartie, la SODEC indique que cela lui permet d'acheter des outils de communication et publicité sur le lieu de vente favorisant la mise en avant des boissons vendues par la société Le Froid.

L'Autorité constate en premier lieu que la SODEC ne produit aucun élément démontrant que la société Le Froid retire un avantage en contrepartie du versement d'une telle contribution, dont le montant est exclusivement justifié par des factures d'achat de « menu-board » ou de caisses enregistreuses. L'Autorité considère en effet que ces investissements sont indispensables à l'activité des restaurants présents dans le secteur de la restauration rapide et ne sont pas détachables de la vente de prestation de services de restauration rapide, quand bien même les menus-board et caisses enregistreuses feraient apparaître les logos des marques vendues par la société Le Froid. La SODEC ne démontre pas non plus le service spécifique qu'elle rendrait à la société Le Froid par de telles acquisitions. L'Autorité constate en second lieu que les autres services de coopération commerciale évoqués par la SODEC n'ont donné lieu à aucune facture, n'étaient pas liés à l'ouverture ou au changement d'enseigne du restaurant et n'étaient pas distincts des actions promotionnelles ou de communication habituelles réalisées par la SODEC en application de l'article 8 de son contrat d'approvisionnement pour valoriser les marques de son fournisseur afin d'accroître ses volumes de ventes.

Dès lors, l'Autorité retient que la SODEC a bénéficié d'un avantage sans contrepartie réelle et proportionnée au titre du budget « Ouverture & changement d'enseigne ». Considérant qu'il s'agissait de la première décision relative à l'application de l'article Lp. 441-7 du code de commerce, l'Autorité a infligé à la SODEC une amende administrative de 1 million F.CFP et lui a enjoint de se mettre en conformité pour l'avenir.

Sur les manquements aux règles de facturation

L'Autorité a constaté que les factures émises par la SODEC concernant les prestations de coopération commerciale rendues à la société Le Froid ne précisaient pas plusieurs mentions obligatoires, parmi lesquelles la date de la prestation, le prix unitaire, les conditions d'escompte, le taux des pénalités de retard exigibles et la dénomination précise des prestations rendues. Or, l'Autorité rappelle que les factures doivent se suffire à elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent. Ce manquement est d'autant plus préjudiciable que l'absence de description précise de la nature des prestations réalisées empêche le fournisseur de connaître le détail des services de coopération commerciale rendus tandis que l'absence de date de la prestation empêche le service d'instruction de contrôler le respect des délais de paiement. L'absence de mention des conditions d'escompte et du taux de pénalités de retard exigibles sont quant à eux préjudiciable au débiteur.

De plus, l'Autorité a également constaté l'absence des conditions d'escompte et des taux de pénalité de retard exigibles sur les factures émises par la société Le Froid et adressées à la SODEC.

L'Autorité a donc infligé à la SODEC une amende de 2,5 millions de F. CFP pour ne pas avoir respecté les règles relatives à la facturation et lui a, également, enjoint de réclamer à la société Le Froid des factures conformes à la réglementation compte tenu des obligations posées par l'article Lp. 441-3 du code de commerce.

La réponse de l'Autorité s'agissant du manquement aux règles relatives aux délais de paiement

L'Autorité rappelle que le délai de paiement légal est de 30 jours qu'il est d'une durée de 14 jours à compter de la fin du mois de la facturation pour les produits transformés en Nouvelle-Calédonie et n'appartenant pas à la catégorie des produits frais, en application de l'arrêté n° 2008-91/GNC du 3 janvier 2008.

L'Autorité constate que le contrat d'approvisionnement entre la société Le Froid et la SODEC prévoyait des délais de paiement supérieurs tant pour le paiement de l'approvisionnement en produits de boissons (30 jours fin de mois à compter de la date de facture) que pour le paiement des prestations de coopération commerciale (3 mois suivant l'ouverture). De plus, l'analyse *in concreto* du service d'instruction a démontré que les délais de paiement pratiqués par la SODEC pour le paiement de produits de boissons dépassaient, pour cinquante factures, les 42 jours à compter de la date de facturation, ce qui est bien au-delà du délai réglementaire.

Considérant que le non-respect des règles relatives aux délais de paiement constitue une pratique grave mais que la SODEC et la société Le Froid ont une responsabilité partagée en l'espèce, elle a infligé à la SODEC une sanction de 2,5 millions de F. CFP.

Au total, la SODEC se voit donc infligée plusieurs amendes dont le montant total s'élève à 6 millions F.CFP. Elle est également tenue de se mettre en conformité pour l'avenir et de publier un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes* et sur son site internet pendant 30 jours à compter de la notification de la décision.

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.)

Sommaire

| | |
|---|-----------|
| Résumé | 2 |
| I. Constatations | 5 |
| A. Le procès-verbal d'infraction du 22 mars 2021 | 5 |
| 1. S'agissant du non-respect de l'article Lp. 441-7 du code de commerce, relatif au contrat de coopération commerciale | 5 |
| 2. S'agissant du non-respect des articles Lp. 441-3 et Lp. 441-6 du code de commerce relatifs au formalisme des factures | 7 |
| 3. S'agissant du non-respect de l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif aux délais de paiement entre professionnels..... | 9 |
| B. La procédure contradictoire | 10 |
| II. Discussion | 10 |
| A. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement relatif à l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale | 10 |
| 1. Les moyens soulevés en défense | 10 |
| 2. La réponse de l'Autorité..... | 11 |
| B. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement relatif à l'existence de contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale | 15 |
| 1. Les moyens soulevés en défense | 15 |
| 2. La réponse de l'Autorité..... | 17 |
| C. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement à l'article Lp. 441-3 du code de commerce relatif aux mentions obligatoires devant figurer sur les factures | 20 |
| 1. Les moyens soulevés en défense | 20 |
| 2. La réponse de l'Autorité..... | 21 |
| D. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement à l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif aux délais de paiement entre professionnels | 26 |
| 1. Les moyens soulevés en défense | 26 |
| 2. La réponse de l'Autorité..... | 26 |
| III. Appréciation des sanctions | 29 |
| A. Sur la gravité de la pratique et le dommage à l'économie | 29 |
| 1. S'agissant du manquement tiré de l'absence de contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale | 29 |
| 2. S'agissant du manquement aux règles de facturation | 30 |
| 3. S'agissant du manquement à l'article Lp. 443-2 du code de commerce..... | 30 |
| B. Sur la démarche de mise en conformité de la société SODEC | 31 |
| C. Sur la situation individuelle de la société | 32 |
| D. Sur la nature et le montant des sanctions retenues | 32 |
| DÉCISION | 34 |

I. Constatations

1. En application des articles Lp. 450-1 et Lp. 450-2 du code de commerce, les agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie sont fondés à établir des procès-verbaux d'infraction qui sont transmis à l'autorité compétente ainsi qu'aux personnes intéressées. Aux termes de l'article L. 450-2 du code de commerce de l'Etat visé par l'article Lp. 450-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, les procès-verbaux « font foi jusqu'à preuve contraire »¹. Les personnes intéressées sont invitées à y répondre conformément à l'article Lp. 444-1 du code de commerce.
2. Les constats du service d'instruction de l'Autorité ont donné lieu à un procès-verbal d'infraction, clos le 22 mars 2021 (A), auquel la société mise en cause a répondu par des observations écrites le 2 décembre 2021, conformément à la procédure contradictoire prévue au IV de l'article Lp. 444-1 du code de commerce (B).

A. Le procès-verbal d'infraction du 22 mars 2021

3. La Société de Développement Calédonienne (ci-après la société « SODEC ») est une société active dans le secteur de la restauration rapide, dont l'activité consiste en l'exploitation de restaurants d'enseigne Burger King.
4. Elle se fournit en produits de boissons auprès de la société Le Froid, spécialisée dans la production, la commercialisation et la distribution de boissons gazeuses non alcoolisées et alcoolisées. Elle fournit notamment les enseignes de la restauration rapide en produits de marque « Coca-cola », ou encore « Orangina ».
5. Dans le cadre d'une saisine d'office sur le respect des dispositions relatives à la transparence des relations commerciales et les pratiques commerciales restrictives, le service d'instruction a établi un procès-verbal d'infractions le 22 mars 2021, qui relève trois manquements à l'encontre de la société SODEC :
 - Le non-respect des dispositions de l'article Lp. 443-7 du code de commerce, relatif à l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale ;
 - La délivrance par la société SODEC de factures non-conformes aux dispositions des articles Lp. 441-3 et Lp, 441-6 du code de commerce ;
 - Le non-respect des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2 du code de commerce relatifs aux délais de paiement entre professionnels.

1. S'agissant du non-respect de l'article Lp. 441-7 du code de commerce, relatif au contrat de coopération commerciale

6. Le procès-verbal d'infractions a relevé que la société SODEC avait commis trois manquements à l'article Lp. 441-7 du code de commerce.
7. En premier lieu, le procès-verbal d'infractions reproche à la société SODEC d'avoir défini des prestations de coopération commerciales dans un contrat d'approvisionnement et non dans un contrat spécifique de coopération commerciale au sens de l'article Lp. 441-7 du code de commerce².
8. L'article 7 du contrat d'approvisionnement, intitulé « Budget d'ouverture & changement d'enseigne », stipule que la société Le Froid s'engage à régler une somme d'un montant de

¹ Tiré de l'article L. 450-2 du code de commerce de l'Etat dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

² Procès-verbal d'infraction, p. 6, cote n° 134.

1 000 000 F.CFP « [...] pour chaque conversion d'un restaurant QUICK à l'enseigne BURGER KING, en Nouvelle-Calédonie, ou à chaque ouverture de nouveau restaurant BURGER KING. Ce budget sera affecté à l'acquisition d'outils de communication et publicité sur lieu de vente inhérents à l'offre boissons ; et à la participation d'opérations publicitaires favorisant le lancement de la nouvelle entité [...] »³.

9. L'article 8 du contrat d'approvisionnement, intitulé « *Budget Marketing* », stipule que la société Le Froid s'engage à régler, chaque année, à la société SODEC, une somme d'un montant de 3 000 000 F.CFP. Cette somme correspond à un budget marketing, « *affecté d'un commun accord à des actions promotionnelles ou de communication ; celles-ci devront valoriser les marques du Fournisseur [la société Le Froid] et avoir pour objectif un accroissement des volumes de vente*⁴ ».
10. Selon le procès-verbal d'infractions, les obligations de coopération commerciale du fournisseur (la société Le Froid) et du distributeur (la société SODEC) auraient dû être consignées dans un contrat de coopération commerciale spécifique, distinct du contrat d'approvisionnement, conformément à l'obligation formelle posée à l'article Lp. 441-7 du code de commerce.
11. En deuxième lieu, le procès-verbal d'infractions relève que la nature et le contenu des prestations de coopération commerciale comme les modalités de leur rémunération ne sont pas suffisamment précises ou ne sont pas mentionnées dans le contrat transmis par la société SODEC, alors que l'article Lp. 441-7 du code de commerce impose que ces mentions figurent impérativement dans tout contrat de coopération commerciale⁵.
12. En troisième lieu, le procès-verbal d'infractions constate que, s'agissant du budget alloué à l'ouverture ou au changement d'enseigne prévu à l'article 7 du contrat d'approvisionnement, les sommes versées par la société Le Froid sont sans contreparties pour cette dernière, alors que l'article Lp. 441-7 interdit notamment « *le fait pour tout commerçant ou prestataire de services de bénéficier de la part de ses fournisseurs d'une rémunération dépourvue de contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale, que celles-ci fassent l'objet d'un contrat écrit ou non. En cas de litige, il appartient au commerçant ou au prestataire de services de justifier la réalité des services facturés et de la proportionnalité de la rémunération* ».
13. Le procès-verbal relève à cet égard que les opérations publicitaires mises en œuvre dans le cadre de la campagne d'ouverture des restaurants Burger King Anse Vata et Kenu In ne faisaient ni mention, ni ne mettaient en valeur les produits de la Société Le Froid : « *Les logos et les affichages de cette campagne d'ouverture du Burger King Anse Vata véhiculent le message suivant 'Burger King Anse Vata ouvert' et ne font aucune référence à des produits de la société Le Froid*⁶ ». A propos d'une autre campagne d'ouverture de restaurant, le procès-verbal d'infraction indique : « *Les affiches de la campagne d'ouverture de Burger King Kenu In ne font également aucunement référence à des produits de la société Le Froid* »⁷.
14. Dès lors, le service d'instruction a considéré que les prestations payées par la société Le Froid pour ces campagnes publicitaires étaient sans contreparties pour elle.

³ Annexe 4, cote 14.

⁴ Annexe 4, cote 14.

⁵ Procès-verbal d'infraction, cote 134.

⁶ *Ibid.* cote 135.

⁷ *Ibid.* cote 136.

2. S'agissant du non-respect des articles Lp. 441-3 et Lp. 441-6 du code de commerce relatifs au formalisme des factures

15. Le procès-verbal d'infractions relève des manquements à la réglementation en matière de facturation concernant, d'une part, les factures émises par la société SODEC à destination de la société Le Froid et, d'autre part, des factures émises par la société Le Froid à destination de la société SODEC.
16. En premier lieu, concernant les factures émises par la société SODEC et adressées à la société Le Froid pour la facturation de prestations de coopération commerciale, le procès-verbal d'infractions relève que les mentions obligatoires prévues aux articles Lp. 441-3 et Lp. 441-6 du code de commerce relatives à la date de la prestation, au prix unitaire, à la quantité, à la dénomination précise, aux conditions d'escompte et au taux des pénalités de retard font défaut⁸.
17. Le tableau ci-dessous reprend les mentions obligatoires faisant défaut pour chaque facture établie pour des services de coopération commerciale entre le 21 juin 2019 et le 23 novembre 2021.

| Numéro de facture | Dates | Montant | Prix unitaire HT | Taux des pénalités de retard | Dénomination | Quantité | Date de la prestation |
|------------------------|------------|---------------|------------------|------------------------------|--|----------|-----------------------|
| Facture 2019-06-21-001 | 21/06/2019 | 1.641.659 XPF | Abs. | Abs. | « Participation aux frais de la campagne publicitaire BURGER KING / COCA-COLA « Le King du Mois » | Abs. | Abs. |
| Facture 2019-09-09-01 | 9/9/2019 | 1.537.000 XPF | Abs. | Abs. | Participation aux frais de la campagne publicitaire BURGER KING / COCA-COLA « Bacon King » | Abs. | Abs. |
| Facture 2019-11-27-001 | 27/11/2019 | 1.060.000 XPF | Abs. | Abs. | Participation au budget de changement d'enseigne : restaurant Burger King Anse Vata | Abs. | Abs. |
| Facture 2020-03-23-001 | 23/03/2020 | 2.574.127 XPF | Abs. | Abs. | Participation aux frais de la campagne publicitaire BURGER KING / COCA-COLA « Menu King Deal » | Abs. | Abs. |
| Facture 2020-12-29-001 | 29/12/2020 | 1.060.000 XPF | Abs. | Abs. | Participation au budget d'ouverture de Burger King Kenu-In | Abs. | Abs. |
| Facture 2020-11-23-001 | 23/11/2020 | 2.391.058 XPF | Abs. | Abs. | Participation aux frais de la campagne publicitaire BURGER KING / COCA-COLA « Menu King Deal n°2 » | Abs. | Abs. |

Source : procès-verbal d'infractions du 29 octobre 2021

18. Le procès-verbal d'infractions constate que les factures émises par la société SODEC concernant les prestations de coopération commerciale fournies à la société Le Froid ne mentionnent pas de date de règlement. En effet, certaines factures se contentent de mentionner une date d'échéance « à date de présentation de la facture »⁹.
19. D'après le procès-verbal d'infractions, l'absence de mention de la date de règlement sur les factures « rend impossible le calcul du délai effectif de règlement dans la mesure où l'ensemble

⁸ Procès-verbal d'infractions, p. 16, cote n° 144.

⁹ Voir par exemple annexe 9, cotes n° 41 et n° 42.

des prestations relatives à l'opération 'Burger King Bacon King' se sont déroulées du 01 août 2019 au 30 septembre 2019 et celles liées à l'opération 'Le King du mois' du 03 mai 2019 au 30 juin 2019 »¹⁰.

20. Il ressort des documents transmis que la société SODEC connaissait le détail des prestations de coopération commerciale. En effet, pour chaque campagne, la société SODEC recensait dans des tableaux les différentes prestations de coopération commerciale, libellées de façon précise, ainsi que la date de la prestation et le prix unitaire hors taxe¹¹. Le service d'instruction en a conclu que ces informations auraient dû figurer sur les factures et, partant, que celles-ci n'étaient pas conformes aux articles Lp. 441-3 et Lp. 441-6 du code de commerce.
21. En outre, selon le procès-verbal d'infractions, les dénominations des prestations commerciales font simplement mention d'une « participation » à des opérations de « campagne publicitaire » ou « d'ouverture ou de changement d'enseigne » alors que l'exigence d'une dénomination précise est particulièrement forte en matière de prestations de services de coopération commerciale comme le montre une jurisprudence fournie.
22. En l'espèce, le service d'instruction a considéré que les dénominations utilisées sur les six factures étaient libellées en termes trop généraux et ne permettaient pas d'identifier avec précision la nature des services de coopération commerciale rendus par la société Le Froid¹², au regard des exigences de l'article Lp. 441-3 précisées par la jurisprudence¹³.
23. En second lieu, concernant les factures émises par la société Le Froid à destination de la société SODEC pour la fourniture de produits de boissons, le procès-verbal d'infractions constate également plusieurs manquements aux règles de facturation.
24. En effet, ces factures prévoient une date d'échéance « à 30 jours fin de mois »¹⁴, en contradiction avec les règles applicables aux transformateurs de produits locaux en matière de délais de paiement (voir *infra*), qui prévoient un délai de paiement de 14 jours après la fin du mois de facturation pour ce type de produits¹⁵.
25. De plus, les factures émises par la société Le Froid ne mentionnent pas les conditions d'escompte, en contradiction avec les articles Lp. 441-3 et Lp. 441-6 du code de commerce. Le procès-verbal d'infraction rappelle que la mention du taux d'escompte est obligatoire, même si aucun escompte n'est prévu, l'administration exigeant que la facture mentionne une information relative à l'absence d'escompte de type « sans escompte » ou « escompte néant »¹⁶.
26. Or, le procès-verbal d'infractions souligne que « *les deux parties à l'opération sont tenues par les règles sur la facturation et les délais de paiement, le vendeur devant émettre une facture conforme aux dispositions légales, l'acheteur devant réclamer à ses fournisseurs des factures conformes aux dispositions légales* »¹⁷ (soulignement ajouté).
27. Par conséquent, le service d'instruction estime que la société SODEC aurait dû réclamer des factures conformes à la réglementation en vigueur à la société Le Froid.

¹⁰ Procès-verbal d'infractions, p. 10 et 11, cotes n° 138 et 139.

¹¹ Annexe 15, cotes 113 à 116, cotes 119 à 121, cotes 123 à 124.

¹² Procès-verbal d'infraction, p. 18, cote 146.

¹³ Procès-verbal d'infractions, p. 17, cote 145.

¹⁴ Annexe 5, cotes 21 à 30.

¹⁵ Procès-verbal d'infractions, p. 21 et 22, cotes 149 et 150.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Procès-verbal d'infractions, p. 21, cote n° 149.

3. S'agissant du non-respect de l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif aux délais de paiement entre professionnels

28. Le service d'instruction a enfin relevé des infractions à l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif aux délais de paiement entre professionnels.
29. En premier lieu, le procès-verbal d'infractions constate que le contrat d'approvisionnement conclu entre la société SODEC et la société Le Froid comporte deux clauses contraires à la règlementation relative aux délais de paiement.
30. En effet, il ressort de l'article 9 du contrat d'approvisionnement, intitulé « *Délais de Règlement* »¹⁸ que « *L'Acheteur règlera les factures du Fournisseur à 30 jours fin de mois* »¹⁹ (soulignement ajouté).
31. Le procès-verbal d'infractions relève que ce délai dépasse largement le délai de 14 jours après la fin du mois de livraison, applicable en matière de fourniture de produits transformés en Nouvelle-Calédonie n'appartenant pas à la catégorie des produits frais²⁰ (voir *infra*²¹).
32. De plus, il ressort de l'article 7 du contrat d'approvisionnement relatif au budget d'ouverture et de changement d'enseigne que le montant des factures relatives à ces opérations de coopération commerciale facturées par la société SODEC à la société Le Froid « *sera facturé et acquitté dans les 3 mois qui suivent chaque ouverture*²² ».
33. Le procès-verbal d'infractions relève que ce délai dépasse largement le délai de règlement entre professionnel de droit commun, qui est de 30 jours à partir de la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation, d'après l'article Lp. 443-2 du code de commerce²³.
34. En second lieu, l'examen *in concreto* des documents comptables transmis par la société SODEC le 21 avril 2021 a démontré que les délais de paiement pratiqués par la société SODEC pour l'achat des produits de boisson dépassent largement le délai de 14 jours après la fin du mois de livraison prévu pour ce type de produits²⁴.
35. En effet, le procès-verbal d'infraction relève que cinquante factures ont été payées à 42 jours après la fin du mois de la facturation²⁵. En outre, le procès-verbal d'infraction souligne que les délais de règlement étaient même probablement plus longs puisque la date de règlement n'a pu être calculée par le service d'instruction qu'à partir de la date d'édition de la facture et non de la date de livraison des marchandises, comme l'exige l'article Lp. 443-2 du code de commerce, celle-ci n'étant pas mentionnée sur les factures émises par la société Le Froid. D'après le procès-verbal d'infraction, « *L'analyse effectuée est de ce fait avantageuse pour les entreprises mises en cause* »²⁶.

¹⁸ Annexe 4, cote n° 14.

¹⁹ *Ibis*.

²⁰ Procès-verbal d'infractions, p. 24, cote n° 152.

²¹ Arrêté n° 2008-91/GNC du 3 janvier 2008 portant fixation des délais de paiement des produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement.

²² Annexe 4, cote 14.

²³ Procès-verbal d'infractions, p. 24, cote 152.

²⁴ Annexe 6, cotes 31 à 34.

²⁵ Procès-verbal d'infractions, p. 13 et 14, cotes 141 et 142.

²⁶ Procès-verbal d'infractions, p. 14, cote 142.

B. La procédure contradictoire

36. Le IV de l'article Lp. 444-1 du code de commerce prévoit que « *le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, saisi par l'agent ayant constaté ces infractions ou manquements, 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. Un délai supplémentaire d'un mois peut être accordé par le rapporteur général dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article Lp. 463-2* ».
37. Le procès-verbal d'infractions, établi le 29 octobre 2021, a été notifié à la société SODEC le 4 novembre 2021 par courrier de la rapporteure générale de l'Autorité²⁷. A cette occasion, la société SODEC, mise en cause a été informée du fait qu'elle pouvait prendre connaissance du dossier et être assistée par le conseil de son choix. Elle a également été informée du montant maximal de la sanction pécuniaire encourue et du fait que l'Autorité pourrait lui imposer une sanction complémentaire de publication d'un communiqué portant extrait de la décision dans un journal diffusé en Nouvelle-Calédonie ainsi que sur la page d'accueil du site internet de la société SODEC pendant une durée de trois mois.
38. La société SODEC a présenté ses observations écrites le 2 décembre 2021. Elle a également adressé des éléments complémentaires le 2 mars 2022 et a pu exposer l'ensemble de ses arguments devant l'Autorité lors de la séance du 1^{er} mars 2022.

II. Discussion

39. La discussion porte sur les justifications de la société SODEC concernant l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale (A), puis sur l'existence ou non de contreparties inhérentes à la coopération commerciale (B). Si ces deux griefs étaient joints dans le procès-verbal d'infraction dans la mesure où ils constituent tous deux des manquements à l'article Lp. 441-7 du code de commerce, l'Autorité considère qu'il y a lieu de dissocier les deux griefs, le premier ayant trait au formalisme du contrat de coopération commerciale et le second donnant lieu à un contrôle substantiel des prestations échangées entre les parties.
40. La discussion porte ensuite sur les justifications apportées par la société SODEC concernant le non-respect des règles de facturation au regard des dispositions des articles Lp. 441-3 et Lp. 441-6 du code de commerce (C) et enfin, sur les justifications relatives aux manquements reprochés en matière de délais de paiement (D).

C. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement relatif à l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale

1. Les moyens soulevés en défense

41. La société SODEC indique que le contrat d'approvisionnement, qui contient les dispositions relatives aux prestations de coopération commerciale avec la société Le Froid, viendrait à échéance en 2022 et « *serait remplacé par un contrat de coopération commerciale* »²⁸.

²⁷ Annexe 18, cotes 157 à 159.

²⁸ Annexe 21, cote 164.

42. Elle ajoute que les dernières modifications du contrat d'approvisionnement avaient pour seul but de tenir compte du changement d'enseigne « Quick » pour l'enseigne « Burger King »²⁹.

2. La réponse de l'Autorité

a) Rappel des principes applicables

L'article Lp. 441-7 du code de commerce dispose : « I. – Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat, qualifié de contrat de coopération commerciale, rédigé en double exemplaire détenu par chacune des deux parties. [...] »

II. – Le contrat de coopération commerciale porte exclusivement sur les services liés à la mise en avant promotionnelle des produits, aux offres d'espaces promotionnels et de campagnes publicitaires.

Il indique le contenu des services auquel il se rapporte et les modalités de leur rémunération.

Cette rémunération y est mentionnée en pourcentage du prix unitaire net ou en valeur absolue. Elle est proportionnelle aux services rendus [...].

III. – Le contrat de coopération commerciale est établi préalablement à toute fourniture de prestation de services. Il est rédigé en double exemplaire et est remis à chaque cocontractant. Il est présenté soit dans un document unique soit dans un ensemble formé d'un contrat-cadre annuel et de contrats d'application. » (Soulignement ajouté).

43. L'Autorité constate que le législateur calédonien a pris le soin de créer une obligation spécifique de conclure un contrat de coopération commerciale entre un fournisseur et un distributeur ou un prestataire de services à l'article Lp. 441-7 du code de commerce, lequel doit par ailleurs être inclus dans la convention unique obligatoirement rédigée chaque année entre les mêmes opérateurs, avant le 31 mars.
44. La présente affaire est la première dans laquelle l'Autorité est conduite à apprécier l'étendue du champ d'application de cette obligation spécifique imposant un formalisme contractuel particulier lorsqu'« un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques ».
45. A titre de comparaison, en métropole, les accords de coopération commerciale entre un fournisseur et un distributeur ou un prestataire de services doivent être inclus dans la convention unique, prévue à l'article L. 441-3 du code de commerce métropolitain.
46. Dans ce cadre, la Commission d'examen des pratiques commerciales (ci-après « la CEPC ») s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'étendue du champ d'application de l'obligation de conclure une convention unique. Cette délimitation s'est faite par la définition des contours de la notion de « distributeur » et de « prestataires de services ».
47. En effet, la convention unique formalise le résultat de la négociation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services.
48. Selon la CEPC, « *S'agissant du prestataire de services, le texte s'entend comme visant les prestations de services au titre de la coopération commerciale ou les autres obligations, rendues directement ou indirectement par le distributeur* »³⁰. Dès lors, elle considère que sont visées par le texte métropolitain en tant que prestataires de services, les centrales d'achat ou de

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Avis de la CEPC du 22 décembre 2008.

référencement qui fournissent pour le compte de leurs adhérents, des services destinés à favoriser la commercialisation des produits ou services. Néanmoins, sont exclues les centrales qui se contentent de mettre en relation fournisseurs et adhérents, et qui en définitive agissent en qualité de courtiers³¹.

49. Dans un avis du 19 décembre 2008, la CEPC s'est également interrogée sur la notion de distributeur concerné par cette réglementation³². Elle a indiqué que les distributeurs soumis à l'obligation de conclure une convention unique sont seulement les distributeurs qui revendent en l'état les produits achetés. Dès lors, les opérateurs qui achètent des produits en vue de les transformer ne sont pas concernés par cette réglementation.
50. Suivant cette analyse, dans un avis n° 13-01 du 25 février 2013, la CEPC a donc exclu les Cafés-Hôtels-Restaurants (ci-après « CHR ») du champ d'application de l'ancien article L. 441-7 du code de commerce métropolitain, relatif à la convention unique³³.
51. Elle a précisé que : « *« Si dans sa relation avec un CHR, l'entrepositaire grossiste peut être qualifié de fournisseur au sens de l'article L441-7 du code de commerce car il approvisionne ce dernier, les CHR, quant à eux, ne peuvent être qualifiés ni de distributeurs, ni de prestataires de service, au sens du texte précité, dès lors que dans le cadre de leurs activités, ils transforment les produits qu'ils revendent à leurs clients dans le cadre d'une prestation de service globale (service par un personnel qualifié, ambiance...) »*³⁴ (soulignement ajouté).
52. Le dispositif législatif relatif à la convention unique n'a donc pas à s'appliquer en cas de revente de produits transformés. Or, selon la CEPC, la revente de produits avec transformation ne consiste pas nécessairement en la transformation physique du produit, mais peut également résulter du fait de rendre une prestation globale au consommateur. La prestation d'un service de restauration est un exemple de prestation globale rendue au consommateur.
53. Dans le même avis, la CEPC en conclut que : « *Dans ces conditions, les dispositions de l'article L441-7 du code de commerce ne trouvent pas à s'appliquer dans la relation unissant les entrepositaires grossistes aux CHR et a fortiori pour la fourniture de « produits boissons »*³⁵.
54. En métropole, les CHR ne sont donc pas soumis à l'obligation de conclure une convention unique avec leurs fournisseurs.
55. D'une part, concernant la vente de plats cuisinés, cette prestation consiste par définition à transformer des matières premières en plats cuisinés. A ce titre, ils ne sont pas considérés comme des distributeurs car ils ne revendent pas les produits en l'état.
56. D'autre part, concernant la vente de boissons, les CHR peuvent revendre les boissons telles qu'ils les achètent à leur fournisseur-grossiste. Pour autant, ils ne sont pas considérés comme des distributeurs pour cette activité, car, d'après la CEPC, la vente de boisson s'inscrit dans une prestation de service globale. Dès lors, les CHR ne doivent pas être considérés comme des distributeurs de boissons car la vente de boisson est l'accessoire d'une prestation de service principale, de restauration rapide.
57. Dans un avis n°16-6 de 2016, la CEPC a conforté sa position s'agissant des CHR, en précisant qu'elle était applicable tant en ce qui concerne l'activité de restauration sur place que pour

³¹ Cour d'appel de Paris, 21 novembre 2012, n° 10/08275.

³² Avis de la CEPC du 22 décembre 2008.

³³ Avis de la CEPC n° 13-01 relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle dans le secteur de l'hôtellerie.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

l'activité de livraison à domicile et de vente à emporter³⁶. Dans cet avis, la CEPC considère que la revente des produits en l'état, comme les produits de boissons, s'inscrit dans une prestation de service globale dans laquelle le client se voit remettre ou livrer chez lui, par coursier, un repas complet. « La revente en l'état de produits alimentaires apparaît donc comme un élément accessoire d'une prestation de service globale. »³⁷ (Soulignement ajouté).

58. Ainsi, la pratique décisionnelle métropolitaine est claire concernant l'étendue du champ d'application de l'obligation de conclure une convention unique.
59. Néanmoins, les règles du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie diffèrent avec celles applicables en métropole. L'Autorité peut donc choisir de s'écarter de la pratique décisionnelle de la CEPC si les spécificités locales l'exigent, d'autant plus que les avis de la CEPC ne sont pas contraignants.
60. En Nouvelle-Calédonie, la délibération n° 63 du 2 juin 2010 relative à la régulation des relations commerciales entre acteurs économiques a créé les articles 77-4 et 77-6 anciens du code de commerce, relatifs respectivement au contrat de coopération commerciale et à la convention unique. A la différence de la métropole, comme indiqué *supra*, les dispositions relatives à la coopération commerciale font l'objet d'un article spécifique, distinct de l'article relatif à la convention unique.
61. Or, la délibération n° 63 du 2 juin 2010 avait pour objectif de « *permettre au gouvernement de rétablir l'ordre économique dans les relations entre la grande distribution (GD) et ses fournisseurs, de lutter contre des pratiques commerciales inflationnistes et d'adapter le régime des sanctions à l'importance des enjeux dans ce secteur* »³⁸ (soulignement ajouté). En effet, ce texte inspiré de la Loi de modernisation de l'économie (LME)³⁹ avait pour but de réguler les marges arrière et rééquilibrer le rapport de forces entre les fournisseurs et la grande distribution, en faveur des fournisseurs.
62. Or, il ressort du projet de délibération comme des débats au congrès de la Nouvelle-Calédonie que le législateur calédonien visait, dans le champ d'application des obligations de conclure une convention unique et un contrat de coopération commerciale, les opérateurs intervenant dans le secteur de la grande distribution, comme en métropole⁴⁰.
63. Ensuite, les critères de définition du contrat de coopération déterminés dans l'article Lp. 441-7 du code de commerce sont les mêmes que ceux prévus au III de l'article L. 441-3 du code de commerce métropolitain, qui définit les services de coopération commerciale comme étant « *propres à favoriser la commercialisation des produits ou services du fournisseur, que le distributeur ou le prestataire de service lui rend, ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération de ces services ainsi que les produits ou services auxquels ils se rapportent et la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations* » (soulignement ajouté).
64. Au surplus, le III de l'article Lp. 441-7 du code de commerce dispose que le contrat de coopération commerciale doit être présent, « *soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'application* ». Cet alinéa conduit

³⁶ Avis n° 16-6 de la CEPC relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats portant sur l'application des dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce dans les relations entre, d'un côté, une centrale de référencement et les membres d'un réseau.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Rapport n° 6 des 8 et 9 avril 2010 de la Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales, projet de délibération relative à la régulation des relations commerciales entre acteurs économiques, p.12.

³⁹ Loi métropolitaine n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁴⁰ Rapport n° 6 des 8 et 9 avril 2010 de la Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales, annexe n° 2 au RC n°6 II.

donc à rattacher le contrat de coopération commerciale à un ensemble contractuel, constitué par la convention unique ou un contrat cadre annuel, rendant impossible la conclusion d'un contrat de coopération commerciale autonome.

65. Par conséquent, l'Autorité considère que les spécificités du contexte calédonien ne s'opposent pas à l'application de la pratique décisionnelle de la CEPC en matière de formalisme de la coopération commerciale.
66. Dès lors, l'Autorité retient que la notion de distributeur présente aux articles Lp. 441-7 et Lp. 441-9 du code de commerce doit s'interpréter conformément à la pratique décisionnelle de la CEPC : est donc considéré comme un distributeur un opérateur revendant des produits en l'état.
67. Ainsi, les opérateurs effectuant une transformation des produits avant de les revendre ne sont pas soumis à l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale. De plus, les opérateurs, comme les CHR, pour lesquels la revente en l'état n'est que l'accessoire d'une prestation de service plus globale, ne sont pas non-plus soumis à l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale avec leurs fournisseurs.

b) Application au cas d'espèce

68. La société SODEC a conclu un contrat d'approvisionnement avec son fournisseur, la société Le Froid, dans lequel deux articles sont réservés à la coopération commerciale. Les prestations de coopération commerciale concernent le budget d'ouverture et changement d'enseigne des magasins de la société SODEC et le budget marketing. Les sociétés SODEC et Le Froid n'ont donc pas conclu de contrat de coopération commerciale spécifique dans lequel elles auraient détaillé les prestations de coopération commerciale et leurs contreparties.
69. La société SODEC est une société active dans le secteur de la restauration rapide, à travers son activité d'exploitation de restaurants d'enseigne « Burger King ». A ce titre, elle appartient à la catégorie des CHR qui n'ont pas, d'après la pratique décisionnelle rappelée ci-dessus, une activité de revente en l'état. En effet, les restaurants transforment les produits achetés en plats cuisinés, qui sont ensuite vendus au consommateur.
70. En outre, s'il peut leur arriver de revendre certains produits en l'état, comme les boissons, cette vente constitue l'accessoire d'une prestation de services globale. En l'espèce, cette prestation de services correspond à un service de restauration rapide en restaurant, ou bien « à emporter ». La vente de boissons ne peut être décorrélée de cette prestation globale.
71. Par conséquent, l'Autorité considère que la société SODEC n'est pas un distributeur au sens de l'article Lp. 441-7 du code de commerce et n'est donc pas soumise à l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale spécifique aux prestations de coopération commerciale rendues par la société Le Froid.
72. Il en résulte que le fait d'avoir prévu des obligations de coopération commerciale au sein d'un contrat d'approvisionnement, plus large, n'est pas répréhensible en l'espèce.

D. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement relatif à l'existence de contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale

1. Les moyens soulevés en défense

73. Il ressort des observations écrites formulées par la société SODEC que celle-ci estime verser à la société Le Froid, les contreparties inhérentes à ses obligations de coopération commerciale⁴¹.
74. Concernant le budget marketing, l'article 8 du contrat d'approvisionnement stipule que le budget alloué par la société Le Froid, d'un montant de 3 000 000 F. CFP « [...] sera affecté d'un commun accord à des actions promotionnelles ou de communication ; celles-ci devront valoriser les marques du Fournisseur et avoir pour objectif un accroissement des volumes des ventes. »⁴².
75. A titre d'exemple d'utilisation du budget marketing attribué par la société Le Froid, la société SODEC a mis en œuvre une campagne marketing autour d'un burger disponible durant une durée limitée. Les prestations de coopération commerciale rendues par la société SODEC consistaient en la mise en avant des boissons « coca-cola sans sucre » sur les différents supports de communication utilisés pour la campagne marketing⁴³. En effet, un verre sur lequel est apposé le logo « coca-cola » est identifiable sur la totalité des visuels transmis par la société SODEC⁴⁴.
76. De même, la société SODEC a alloué une partie du budget marketing attribué par la société Le Froid pour une campagne marketing dénommée « *Le King du mois* »⁴⁵, se déroulant du 31 mai au 13 juin 2019. Là encore, pour cette campagne, les prestations de coopération commerciale consistent en une mise en avant des produits de la société Le Froid sur les différents supports de communication utilisés, qu'ils soient physiques ou virtuels⁴⁶.
77. En outre, la société Le Froid a validé le budget prévisionnel alloué à cette campagne, un tableau récapitulatif chiffrant toutes les dépenses publicitaires lui ayant été transmis au préalable⁴⁷.
78. Concernant le « budget d'ouverture & changement d'enseigne », l'article 7 du contrat d'approvisionnement prévoit un budget d'un montant de 1 000 000 F. CFP « affecté à l'acquisition d'outils de communication et publicité sur lieu de vente inhérents à l'offre de boissons ; et à la participation d'opérations publicitaires favorisant le lancement de la nouvelle entité »⁴⁸.
79. D'après la société SODEC, le budget d'ouverture/changement d'enseigne permet à la société SODEC :
- « *D'acheter des outils de communication et publicité sur lieu de vente inhérents à l'offre boisson, tels que les écrans menuboards en salle, les priceboards, les portes affiches au drive, les bornes de commandes et les publicités sur les machines de distribution ;*

⁴¹ Annexe 21, cote 164.

⁴² Annexe 4, cote 14.

⁴³ Annexe 15, cotes 117 à 120.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.* cotes 121 à 124.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* cote 121.

⁴⁸ Annexe 4, cote 14.

- De financer le coût de création des contenus de ces supports qui mettent bien évidence les marques de la société Le Froid. »⁴⁹

80. La société SODEC soulève le moyen selon lequel l'absence du logo relatif aux produits commercialisés par la société Le Froid ne constitue pas une absence de contrepartie au budget d'ouverture/changement d'enseigne. Au contraire, elle soutient que ce budget, notamment pour l'ouverture des restaurants de Kenu In et de l'Anse Vata, a permis de financer les équipements et la création des visuels mettant en avant des produits de la société Le Froid.
81. A cet effet, le tableau suivant récapitule les contreparties avancées par la société SODEC au montant alloué par la société Le Froid au budget d'ouverture / changement d'enseigne :

| Budget alloué par Le Froid pour chaque ouverture de restaurant Burger King | Contreparties avancées par SODEC pour l'ouverture du Burger King Anse Vata | | Contreparties avancées par SODEC pour l'ouverture du Burger King Kenu In | |
|--|---|-------------------------------|---|-------------------------------|
| | Prestations de coopération commerciale | Prix ⁵⁰ | Prestations de coopération commerciale | Prix ⁵¹ |
| 1.000.000 F.CFP par ouverture de restaurant Burger King | Achat d'écrans « menuboards » placés au-dessus des caisses et mettant en avant les produits de la société Le Froid ⁵² et préparation des images diffusées sur les écrans | 1.056.000 F.CFP ⁵³ | Achat d'écrans « menuboards » placés au-dessus des caisses et mettant en avant les produits de la société Le Froid ⁵⁴ | 780.000 F.CFP ⁵⁵ |
| | Achat d'écrans « PLV du drive ⁵⁶ » mettant en avant les produits de boissons commercialisés par Le Froid | 1.041.000 F.CFP ⁵⁷ | Achat de bornes de commande qui diffusent les images de boissons « Coca Cola » | 1.217.000 F.CFP ⁵⁸ |
| | Logos « Coca Cola » mis en visibilité sur les équipements de distribution de boissons | Non-chiffré | Logos « Coca Cola » mis en visibilité sur les équipements de distribution de boissons | Non-chiffré |
| | Mise en avant de la marque « Coca Cola » sur le site www.burgerking.nc et sur les gobelets ⁵⁹ | Non-chiffré | Mise en avant de la marque « Coca Cola » sur le site www.burgerking.nc et sur les gobelets ⁶⁰ | Non-chiffré |

Source : Traitement de données ACNC

⁴⁹ Annexe 21, cote 164.

⁵⁰ Prix converti de l'euro en F.CFP et arrondi à l'unité de mille supérieure, à partir des factures versées par la société SODEC.

⁵¹ Prix converti de l'euro en F.CFP et arrondi à l'unité de mille supérieure, à partir des factures versées par la société SODEC.

⁵² Annexe 21, cote 165 et annexe 22, cotes 171, 172, 189.

⁵³ Prix calculé à partir des factures de l'annexe 22, cotes 173 à 176.

⁵⁴ Annexe 21, cote 166 et annexe 22, cotes 171, 172, 189.

⁵⁵ Prix calculé à partir des factures de l'annexe 22, cotes 185 à 188.

⁵⁶ Annexe 21, cote 165 et annexe 22, cote 177.

⁵⁷ Prix calculé à partir des factures de l'annexe 22, cote 178.

⁵⁸ *Ibid.* cote 191.

⁵⁹ Annexe 22, cotes 196 et 197.

⁶⁰ Annexe 22, cotes 196 et 197.

82. Par conséquent, la société SODEC considère que l'absence de logo sur les affiches de la campagne d'ouverture de Burger King Kenu In ne peut caractériser, à elle-seule, l'absence de contreparties à l'octroi du budget d'ouverture ou de changement d'enseigne, versé par la société Le Froid.
83. Au contraire, la société SODEC soutient qu'elle met en avant les produits commercialisés par la société Le Froid et indique que les produits de la société Le Froid sont clairement visibles dans la campagne d'affichage actuelle.

2. La réponse de l'Autorité

a) Rappel des principes applicables

84. Le quatrième alinéa du II de l'article Lp. 441-7 du code de commerce dispose : « *Est passible d'une amende administrative de 1 000 000 F. CFP pour une personne physique et de 5 000 000 F. CFP pour une personne morale le fait pour tout commerçant ou prestataire de services de bénéficiaire de la part de ses fournisseurs d'une rémunération dépourvue des contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale, que celles-ci fassent l'objet d'un contrat écrit ou non.* »
- En cas de litige, il appartient au commerçant ou au prestataire de services de justifier de la réalité des services facturés et de la proportionnalité de la rémunération »* (soulignements ajoutés).
85. Il résulte de ces dispositions que le fait, pour tout commerçant, de bénéficiaire, de la part de ses fournisseurs, d'une rémunération dépourvue des contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale peut être sanctionné au moyen d'une amende administrative, que les parties aient conclu un contrat de coopération commerciale ou non. En d'autres termes, l'Autorité peut sanctionner une entreprise pour avoir bénéficiaire d'un avantage sans contrepartie, même en l'absence de contrat de coopération commerciale.
86. L'Autorité souligne que le texte impose cette obligation à « *tout commerçant* », à la différence du I de l'article Lp. 441-7 du code de commerce, qui lui, vise « *un distributeur ou un prestataire de service* ». L'Autorité considère que ce choix sémantique du législateur calédonien n'est pas sans effet sur le champ d'application de l'article. En effet, si le I de l'article Lp. 441-7 du code de commerce, relatif à l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale, ne s'applique qu'aux distributeurs et aux prestataires de services revendant des produits en l'état dans leurs relations avec leurs fournisseurs, l'interdiction posée au II de l'article Lp. 441-7 a un champ d'application beaucoup plus large : elle s'impose à tout commerçant bénéficiaire d'une rémunération de la part de son fournisseur dépourvue des contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale, que celles-ci fassent l'objet d'un contrat écrit ou non.
87. Pour mémoire, l'article L. 121-1 du code de commerce dispose que « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*⁶¹ ».
88. Dès lors, l'Autorité considère qu'est commerçant, un opérateur économique qui revend des produits, avec ou sans transformation de ces derniers. Cette notion s'applique donc aussi bien aux distributeurs qu'aux opérateurs revendant des produits transformés comme les CHR.
89. Par conséquent, l'Autorité considère que les CHR, lorsqu'ils bénéficiaire d'une rémunération de leurs fournisseurs pour une prestation de coopération commerciale, doivent justifier de la

⁶¹ Article L. 121-1 du code de commerce.

réalité des prestations de services de coopération commerciale facturés et la proportionnalité de la rémunération, en cas de litige devant l'Autorité.

90. Les éléments transmis par le commerçant doivent permettre à l'Autorité d'analyser la réalité des prestations de services de coopération commerciale qu'il a réalisées et la proportionnalité de la rémunération qu'il a reçue de son fournisseur en contrepartie.
91. Concernant la réalité des prestations de coopération commerciale facturées par le commerçant, ce critère a été précisé par circulaire et interprété à maintes reprises par la jurisprudence en métropole.
92. Ainsi, la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, indiquait dans son article 3.1 relatif à la définition de la coopération commerciale que les services de coopération commerciale constituent « *des actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur, telles la mise en avant des produits ou la publicité sur les lieux de vente, l'attribution de têtes de gondoles ou d'emplacements privilégiés, ainsi que la promotion publicitaire* ».
93. La Cour d'appel de Paris s'est positionnée, dans une jurisprudence fournie, sur l'appréciation de la réalité des prestations de coopération commerciale. Elle a précisé, dans un arrêt du 8 février 2017, que « *Le service doit être détachable de l'achat-vente, c'est-à-dire distinct de la fonction naturelle du distributeur. Autrement dit, les prestations qui font partie inhérente de la fonction même de distributeur ne peuvent faire l'objet de facturation distincte au titre de prestations de coopération commerciale.*
Il y a donc fausse coopération commerciale notamment lorsque les services rendus par le distributeur à son fournisseur sont, soit inexistants, soit des pratiques normales et habituelles d'un revendeur qui n'ont rien de spécifiques et ne sont pas détachables de l'achat-vente. »⁶² (Soulignement ajouté).
94. Concernant la proportionnalité de la rémunération aux prestations de coopération commerciale rendues par le commerçant, l'Autorité rappelle qu'elle s'apprécie en mettant en relation le prix des prestations de coopération commerciale facturées par le commerçant avec le prix payé par le fournisseur au titre de la coopération commerciale. Il appartient donc au commerçant de fournir à l'Autorité les factures et autres documents permettant à l'Autorité d'interpréter la proportionnalité entre la rémunération perçue et les prestations réalisées.

b) Application au cas d'espèce

95. L'Autorité précise que pour apprécier l'existence ou non d'un avantage sans contrepartie entre deux opérateurs dans leur coopération commerciale, elle analyse d'une part, la réalité de la coopération commerciale et d'autre part, la proportionnalité entre la rémunération et les prestations rendues, sur la base des éléments justificatifs transmis par le commerçant.
96. En l'espèce, l'Autorité considère que si les justifications de la réalité et de la transparence des prestations de coopération commerciale semblent convaincantes pour l'allocation du budget marketing, tel n'est pas le cas pour le budget relatif à l'ouverture et au changement d'enseigne.
97. En premier lieu, concernant le budget marketing, la société SODEC a, dans ses observations écrites, justifié de la réalité des prestations de services de coopération commerciale par la mise en avant des produits de la société Le Froid dans les nombreux supports de communications

⁶² Cour d'appel de Paris, 8 février 2017, n° 15/02170.

utilisés dans le cadre des campagnes « Bacon King », se déroulant du 16 août au 19 septembre 2019⁶³, puis « Le King du mois », se déroulant du 31 mai au 13 juin 2019⁶⁴.

98. L'Autorité considère que le fait, pour un restaurant de la restauration rapide, de faire apparaître, sur des publicités extérieures au magasin, le logo des marques vendues par son fournisseur de boissons ainsi que les produits qu'il lui fournit, sont des actes détachables de son activité d'achat-revente et peuvent donc justifier de la réalité des prestations de services de coopération commerciale.
99. En outre, la société SODEC justifie de la proportionnalité des prestations avec la rémunération reçue au titre du budget attribué par son fournisseur, en versant au service d'instruction des mails de validation des budgets par la société Le Froid.
100. En effet, l'Autorité constate que la société Le Froid a validé le budget prévisionnel de la campagne « Le King du mois » dans un mail adressé au dirigeant de la société SODEC. L'Autorité constate la présence dans ce mail, d'un tableau récapitulatif de toutes les dépenses publicitaires utilisées pour cette campagne marketing avec leur prix unitaire hors taxe⁶⁵. L'Autorité constate que la somme des prix unitaires des prestations publicitaires correspond au budget alloué par la société Le Froid au titre de cette campagne de coopération commerciale. Par conséquent, l'Autorité estime que la rémunération est proportionnée aux prestations de coopération commerciale rendues.
101. En second lieu, concernant le budget d'ouverture et de changement d'enseigne, la société SODEC tente de justifier de la réalité de la coopération commerciale par l'existence de quatre types de prestations qu'elle rend à la société Le Froid, à la fois pour l'ouverture du Burger King « Anse Vata » et pour l'ouverture du Burger King « Kenu In ». Pour chacune de ces ouvertures, la société SODEC a bénéficié d'un apport de 1 060 000 F. CFP de la part de la société Le Froid au titre du budget de coopération commerciale.
102. Pour justifier le montant de cette rémunération et ses services de coopération commerciale, la société SODEC mentionne l'achat d'écrans « menuboards », placés au-dessus des caisses et mettant en avant les produits de la société Le Froid⁶⁶. Ces écrans « menuboards » sont en fait des écrans affichant aux clients les différents menus, les sandwiches, les plats, les desserts ou encore les boissons qu'ils peuvent commander en salle.
103. La société SODEC mentionne également l'achat d'écrans qu'elle nomme « *PLV du drive* »⁶⁷, dont elle indique qu'ils mettent en avant les produits de boissons commercialisés par la société Le Froid. L'Autorité constate à partir des documents versés par la société SODEC que ces écrans sont en fait les écrans affichant les menus, les sandwiches, les plats, les desserts ou encore les boissons que les clients peuvent commander lorsqu'ils commandent depuis leur voiture, en utilisant le service « drive » du restaurant.
104. L'Autorité constate tout d'abord que la SODEC ne produit aucun élément démontrant que la société Le Froid retire un avantage en contrepartie du versement d'une telle contribution, dont le montant est exclusivement justifié par des factures d'achat de « menu-board » ou de caisses enregistreuses du restaurateur pour vendre l'ensemble de ses prestations.
105. L'Autorité considère en outre que le fait, pour un restaurant de la restauration rapide comme la SODEC, d'acheter des écrans digitaux sur lesquels elle affiche les menus disponibles pour le consommateur et, notamment, les boissons disponibles, sont des investissements indispensables

⁶³ Annexe 15, cote 117.

⁶⁴ Annexe 15, cote 121.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Annexe 21, cote 165 et annexe 22, cotes 171, 172, 189.

⁶⁷ Annexe 21, cote 165 et annexe 22, cote 177.

relevant de pratiques normales et habituelles des restaurants présents dans le secteur de la restauration rapide et qu'elles ne sont pas détachables de la vente de prestations de services de restauration rapide.

106. Il s'agit donc d'investissements inhérents à l'exercice même du métier de restauration rapide qui ne donnent pas lieu à la mise en œuvre de services de coopération commerciale spécifiques au bénéfice de la société Le Froid, bien que les écrans utilisés permettent naturellement de voir les marques de boissons vendues par le restaurateur.
107. Ensuite, la société SODEC mentionne d'autres prestations de coopération commerciale en échange de l'allocation du budget d'ouverture et de changement d'enseigne, parmi lesquelles l'application des logos « Coca Cola » sur les équipements de distribution de boissons à l'intérieur du magasin, étant à noter que la marque « Coca Cola » est commercialisée par la société Le Froid. La société SODEC déclare également que « *dans le cadre de sa campagne d'affichage actuelle, les produits de la société LE FROID sont clairement visibles*⁶⁸ » ainsi que sur le site « www.burgerking.nc » et sur les gobelets donnés au consommateur dans le restaurant⁶⁹.
108. L'Autorité considère que ces prestations constituent bien des prestations de publicité sur lieu de vente et sur internet et sont donc de nature à constituer des prestations de coopération commerciale réelles. Cependant, ces prestations n'ont donné lieu à aucune facture de nature à justifier le paiement par la société Le Froid d'une somme d'un montant de 1 000 000 F. CFP. En outre, elles ne sont pas liées à l'ouverture ou au changement d'enseigne du restaurant et n'apparaissent donc pas distinctes des actions promotionnelles ou de communication habituelles réalisées par la SODEC en application de l'article 8 de son contrat d'approvisionnement pour valoriser les marques de son fournisseur afin d'accroître ses volumes de ventes.
109. Par conséquent, l'Autorité considère que l'allocation d'un budget d'un montant d'environ 1 000 000 F.CFP par la société Le Froid à la société SODEC dans le cadre du « *Budget Ouverture & Changement d'enseigne* » constitue une participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'investissements indispensables à l'ouverture ou au changement d'enseigne des magasins Burger King.
110. Cette pratique est donc sanctionnable sur le fondement du II de l'article Lp. 441-7 du code de commerce.

E. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement à l'article Lp. 441-3 du code de commerce relatif aux mentions obligatoires devant figurer sur les factures

1. Les moyens soulevés en défense

111. Tout d'abord, concernant les factures émises par la société SODEC, il ressort des observations écrites que la société SODEC conteste le grief tiré de l'absence de certaines mentions obligatoires devant figurer sur les factures qu'elle a émises à destination de la société Le Froid, dans le cadre de la fourniture de prestations de coopération commerciale.

⁶⁸ Annexe 21, cote 166.

⁶⁹ Annexe 22, cotes 196 et 197.

112. En premier lieu, la société SODEC indique que les factures mentionnent une date d'échéance « à date de présentation de la facture »⁷⁰. D'après la société SODEC, cette mention est conforme à la réglementation.
113. De plus, la société SODEC indique qu'elle n'a pas l'obligation de mentionner la date de la prestation sur les factures, car « la mention de la campagne dénommée permet de dater la prestation ».⁷¹
114. En second lieu, concernant le libellé des factures, la société SODEC conteste les constatations du procès-verbal d'infractions, selon lequel les libellés des factures concernant les prestations de coopération commerciale sont imprécis.
115. D'après la société SODEC, le libellé des factures se réfère aux opérations marketing ou aux opérations d'ouverture ou de changement d'enseigne, conformément aux articles 7 et 8 du contrat d'approvisionnement, de sorte que chaque prestation est clairement identifiable⁷².
116. En troisième lieu, concernant l'absence du prix unitaire hors taxe, requis au titre des mentions obligatoires prévues par l'article Lp. 441-3 du code de commerce, la société SODEC indique qu'elle ne peut mentionner un prix unitaire hors taxe car la prestation fournie est forfaitaire : « eu égard à la nature de la prestation, la mention du prix unitaire HT ne s'applique pas, étant donné qu'il s'agit d'une prestation unique forfaitaire⁷³. ».
117. Les observations fournies par la société SODEC n'apportent pas d'éléments de réponse sur les autres mentions obligatoires relevées comme l'absence des conditions d'escompte et le taux de pénalités de retard exigibles, qui n'apparaissent pas sur les factures émises à destination de la société Le Froid.
118. A cet égard, la société SODEC précise que, dans le cadre de son activité, elle émet majoritairement des tickets de caisse à destination des clients consommateurs et non à ses fournisseurs professionnels. Elle ajoute qu'elle n'a « sur le principe aucune opposition à apporter davantage de précisions à ses factures⁷⁴ ».
119. Ensuite, concernant les factures émises par la société Le Froid, la société SODEC a déclaré dans ses observations écrites que « [...] à la connaissance de la société SODEC, les factures émises par la société Le Froid respectent le délai de 14 jours après la fin du mois de livraison, indépendamment de la mention figurant sur la facture ».⁷⁵
120. La société SODEC n'a cependant pas répondu sur son obligation de réclamer des factures conformes à son fournisseur, sur lesquelles des mentions obligatoires sont absentes.

2. La réponse de l'Autorité

a) Rappel des principes applicables

121. L'article Lp. 441-3 du code de commerce recense les exigences formelles et les mentions obligatoires que les professionnels doivent faire figurer sur les factures. L'article Lp. 441-3 du code de commerce dispose : « Tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facturation en langue française.

⁷⁰ Annexe 21, cote 167.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Annexe 21, cote 168.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Annexe 21, cote 167.

Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de service. L'acheteur doit la réclamer.

La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire pendant une durée d'un an à compter du jour de la transaction nonobstant les obligations légales et comptables de conservation des documents commerciaux.

La facture numérotée doit mentionner les éléments suivants :

- *Le nom des parties ainsi que leur adresse ;*
- *La date de la vente ou de la prestation de service ;*
- *La quantité ;*
- *La dénomination précise du bien ou de la prestation de service ;*
- *Le prix unitaire des produits et marchandises vendus ;*
- *Le prix unitaire hors taxe ainsi que le taux et le montant de la taxe correspondante pour les prestations de service soumises, le cas échéant, à une taxation ;*
- *Toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de service et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de service, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ;*
- *Le prix de vente détail maximum licite lorsqu'il résulte des dispositions d'une réglementation des prix particulière en vigueur ;*
- *La somme nette totale à payer*

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.

En cas de facture récapitulative, tout document commercial intermédiaire ou document d'accompagnement (bordereau de livraison) doit mentionner l'ensemble des obligations ci-dessus en ce qui concerne la formation du prix ainsi que le prix total. »

122. En outre, l'article Lp. 441-4 décrit les sanctions applicables en cas de non-respect des dispositions relatives aux factures : « I.- Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 8 500 000 F. FCP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale le fait :

- *De ne pas délivrer de facture dans les conditions, telles que précisées à l'article Lp. 441-3,*
- *De délivrer une facture ne comportant pas les mentions obligatoires prévues par les dispositions de ce même article,*
- *De ne pas détenir de factures dans le cadre d'achat de produits, marchandises, ou services, en application de l'article Lp. 441-3. ».*

123. Concernant l'omission de la date de règlement en métropole, la DGCCRF, chargée de veiller au respect des règles en matière de transparence commerciale et de délais de paiement, considère traditionnellement que : « la notion de 'date' [de règlement] doit s'entendre du quantième du mois, du mois et de l'année auxquels le paiement doit être réalisé. L'omission de la date à laquelle le règlement doit intervenir [sur la facture] est un manquement formel particulièrement grave dès lors qu'il ne permet pas d'identifier le délai de paiement convenu

entre les parties et de vérifier in fine le respect ou non des prescriptions imposées par la législation d'ordre public sur les délais de paiement. »⁷⁶

124. Concernant l'omission du prix unitaire hors taxe, l'Autorité a rappelé dans une décision du 29 juillet 2021⁷⁷ que « *la mention du prix unitaire hors taxe ainsi que le taux et le montant de la taxe correspondante pour les prestations de service soumis, le cas échéant, à une taxation est obligatoire, en application de l'article Lp. 441-3 du code de commerce* ».
125. Concernant l'omission des conditions d'escompte et du taux de pénalités de retard exigibles, la Cour de cassation a souligné dans un arrêt du 3 mai 2017 que « *d'une part, les factures de prestation de service pour une activité professionnelle doivent comporter toutes les mentions prévues par l'article L. 441-3 du code de commerce sans qu'il soit nécessaire de se référer ni aux documents qui les fondent, ni à la législation applicable, d'autre part, le paiement avant la date limite est nécessairement un paiement anticipé ouvrant droit à l'escompte* »⁷⁸.
126. Dans ses décisions du 18 décembre 2020 et du 29 juillet 2021, l'Autorité a rappelé que les conditions d'escompte et les pénalités de retard font partie des mentions devant obligatoirement figurer sur la facture⁷⁹. Ces mentions obligatoires permettent de garantir la transparence dans les relations commerciales.
127. Enfin, concernant l'obligation de faire apparaître des libellés précis sur les factures, la pratique décisionnelle retient que les mentions portées sur les factures relatives aux prestations de coopération commerciale doivent permettre aux parties de déterminer la réalité et la portée des engagements contractuels souscrits.
128. Dès lors, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que des factures libellées en termes généraux ne permettent pas d'identifier avec précision la nature des services rendus. En matière de prestations de services de coopération commerciale, l'exigence de dénomination précise est particulièrement forte.
129. A ce titre, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 6 décembre 2006 que « *les factures établies par un distributeur pour des prestations de coopération commerciale doivent permettre à l'administration et au juge d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus* »⁸⁰. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a ajouté que les factures devaient se suffire à elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent.
130. Par la suite, la Cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt du 2 mai 2007, a sanctionné une entreprise, au motif que « *les indications figurant sur les factures restaient tout à fait sommaires et imprécises, ne permettant pas dès lors d'apprécier le contenu exact de la prestation réalisée et facturée, ni le nombre ou la désignation des produits concernés ; ainsi en était-il des factures dites de participation publicitaires émises en 2002, sans désignation des produits visés, ou faisant seulement référence à une gamme de produits, ou à une famille, ou à une collection sans autre précision relative notamment quant aux quantités des produits visés par l'action de promotion* »⁸¹.
131. La même année, le Tribunal de grande instance de Brive la Gaillarde a sanctionné, dans un jugement du 23 août 2007, une entreprise au motif que les libellés des factures émises, rédigés

⁷⁶ DGCCRF, Note de service n° 5955, 5 août 1993, p. 4.

⁷⁷ Décision n° 2021-PCR-02 du 29 juillet 2021 relative à des pratiques de la société Gemini en matière de facturation.

⁷⁸ Cass. Crim., 3 mai 2017, n° 15-85875.

⁷⁹ Décision n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 relative à des pratiques de la Société de Services Pétroliers en matière de délais de paiement et de facturation et Décision n° 2021-PCR-02 du 29 juillet 2021 relative à des pratiques de la société Gemini en matière de facturation.

⁸⁰ Cass. Crim., 6 décembre 2006, aff. N° 06-82.834.

⁸¹ Cour d'appel d'Amiens, 2 mai 2007, aff. n° 06/0151.

en ces termes : « participation publicitaire pour implantation », « participation publicitaire / mise en avant » ou « partenariat » n'étaient pas suffisamment précis⁸².

b) Application au cas d'espèce

© *S'agissant des factures émises par la société SODEC*

132. L'examen des factures émises par la société SODEC à destination de la société Le Froid concernant les prestations de coopération commerciale montre que les mentions obligatoires relatives à la date de la prestation, au prix unitaire, aux conditions d'escompte et au taux des pénalités de retard exigibles et à la dénomination précise font défaut.
133. Concernant l'omission de la date de règlement, le moyen selon lequel « la mention de la campagne dénommée permet de dater la prestation » n'est pas de nature à soustraire la société SODEC à son obligation de mentionner la date de règlement. En effet, les factures doivent se suffire à elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent. Par conséquent, la société SODEC aurait dû mentionner les dates de règlement sur chacune de ses factures.
134. Cette omission est d'autant plus préjudiciable qu'elle empêche l'Autorité de calculer avec précision les délais de paiement pratiqués. En effet, le procès-verbal d'infraction signale que « l'absence de mention relative à la date de prestation rend impossible le calcul du délai effectif de règlement dans la mesure où l'ensemble des prestations relatives à l'opération « Burger King Bacon King » se sont déroulées du 01 août 2019 au 30 septembre 2019 et celles liées à l'opération « Le King du mois » du 03 mai 2019 au 30 juin 2019. »
135. Par conséquent, la société SODEC aurait dû mentionner la date de règlement pour chaque facture émise.
136. Concernant l'omission du prix unitaire hors taxe, le moyen tiré du fait que la prestation est une prestation unique forfaitaire est également inopérant. En effet, le fait de fournir une prestation forfaitaire de coopération commerciale n'empêche pas la société SODEC de reporter sur la facture le détail des différentes prestations facturées à la société Le Froid. Le fait d'affirmer que la mention du prix unitaire hors taxe ne s'applique pas aux « aux prestation[s] unique[s] forfaitaire[s] »⁸³ relève d'une lecture erronée de l'article Lp. 441-3 du code de commerce.
137. Dans ses justifications relatives au manquement à l'article Lp. 441-7 du code de commerce, la société SODEC justifiait la réalité de la coopération commerciale en indiquant que la participation de la société Le Froid au budget « ouverture & changement d'enseigne » prévu à l'article 7 du contrat d'approvisionnement, servait au financement d'achats de panneaux d'affichages numériques des menus, en salle et pour les commandes en drive.
138. Si la société SODEC affectait effectivement ce budget à de tels investissements, rien ne l'empêchait matériellement de reporter sur les factures la part du budget « ouverture & changement d'enseigne » destinée à financer l'achat des panneaux d'affichage.
139. L'Autorité rappelle que la précision du détail des prestations facturées au titre de la coopération commerciale est essentielle pour garantir la transparence dans les relations commerciales. L'omission du détail des prestations fournies ainsi que de leur prix unitaire est préjudiciable à la fois pour le cocontractant et pour l'administration. En effet, d'une part, la facture ne permet pas à l'entreprise qui paye la coopération commerciale de connaître le détail des prestations facturées. D'autre part, l'opacité des factures empêche l'administration d'effectuer un contrôle des factures.

⁸² TGI de Brive la Gaillarde, 23 août 2007, n° 2007/00586.

⁸³ Annexe 21, cote 168.

140. Par conséquent, la société SODEC aurait dû, en plus du prix global de la prestation, reporter sur la facture le détail des différentes prestations de coopération commerciale payées par la société Le Froid, avec leur prix unitaire hors taxe.
141. Concernant l'absence de libellé précis des prestations facturées par la société SODEC, l'Autorité constate que les libellés utilisés ne permettent pas de connaître le détail des prestations de coopération commerciales facturées à la société Le Froid.
142. Le moyen tiré du fait que les libellés utilisés se réfèrent aux articles du contrat d'approvisionnement prévoyant la coopération commerciale et permettent donc d'identifier les prestations fournies, est inopérant et résulte d'une lecture erronée de l'article Lp. 441-3 du code de commerce.
143. L'Autorité rappelle que les factures doivent se suffire à elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent.
144. Par conséquent, la société SODEC aurait dû détailler sur les factures les différentes prestations de coopération commerciale payées par la société Le Froid, avec des libellés permettant d'identifier clairement la nature de la prestation.
145. Concernant l'omission des conditions d'escompte et du taux des pénalités de retard exigibles, l'Autorité rappelle que ces mentions font partie des mentions devant obligatoirement figurer sur la facture.
146. En l'espèce, s'il n'est nullement obligatoire pour la société SODEC d'octroyer un escompte pour paiement anticipé, elle a en revanche l'obligation légale d'en faire le rappel sur chacune de ses factures, en influant, par exemple, la mention « *escompte : néant* », afin de garantir la transparence de ses relations commerciales.

S'agissant des factures émises par la société Le Froid

147. L'examen des factures émises par la société Le Froid à destination de la société SODEC concernant la fourniture de produits de boisson, montre que, d'une part, le délai de règlement des prestations indiqué ne respecte pas les règles applicables en matière de délais de paiement et que, d'autre part, certaines mentions obligatoires font défaut.
148. Concernant les délais de règlement indiqués sur les factures, l'Autorité rappelle que la date d'échéance est une mention obligatoire au titre de l'article Lp. 441-3 du code de commerce et que l'article Lp. 443-2 du même code définit les règles en matière de délais de paiement applicables aux professionnels.
149. Dès lors, le moyen tiré du fait que les factures émises par la société Le Froid respectent le délai légal « *indépendamment de la mention figurant sur la facture* »⁸⁴ est inopérant, puisque c'est bien l'existence d'une mention erronée sur la facture qui est sanctionnable.
150. Concernant l'absence des conditions d'escompte, l'Autorité a rappelé dans sa pratique décisionnelle que la mention du taux d'escompte est obligatoire sur les factures et ce même si l'entreprise n'accorde pas d'escompte⁸⁵. Elle doit dans ce cas écrire une mention relative à l'absence d'escompte, du type « absence d'escompte » ou « escompte néant ».
151. Or, comme indiqué *supra*, il appartient à l'acheteur de réclamer une facture conforme à la réglementation lorsque le vendeur ne la lui transmet pas.

⁸⁴ Annexe 21, cote 167.

⁸⁵ Voir Décision n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 relative à des pratiques de la Société de Services Pétroliers en matière de délais de paiement et de facturation.

F. Les justifications de la société SODEC concernant le manquement à l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif aux délais de paiement entre professionnels

1. Les moyens soulevés en défense

152. Il ressort des observations écrites formulées par la société SODEC que celle-ci reconnaît payer les prestations de la société Le Froid avec retard. En effet, les observations écrites se bornent à répondre aux constatations relatives aux mentions obligatoires sur les factures, sans tenter d'apporter des justifications sur les délais de paiement pratiqués.
153. Dans ses observations écrites, la société SODEC indique qu'« *En tout état de cause, la société SODEC entend respecter le délai de paiement pour ses règlements, étant précisé que les retards de paiement sont la résultante de difficultés d'organisation interne ; mais nullement d'une volonté délibérée de ne pas respecter les délais de paiement.* »⁸⁶

2. La réponse de l'Autorité

a) Rappel des principes applicables

154. La législation en matière de délais de paiement s'articule autour de trois articles.
155. En premier lieu, l'article Lp. 443-1 du code de commerce définit le délai de paiement comme « *le délai compris entre la date de la remise de la marchandise à l'acheteur ou à son mandataire, qui l'accepte avec ou sans réserve et en prend possession, et la date d'échéance des délais respectivement fixés par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.* »
156. En deuxième lieu, l'article Lp. 443-2 du code de commerce fixe le délai de règlement entre professionnel de droit commun « *au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation.* » (Soulignement ajouté).
157. L'article Lp. 443-2 du code de commerce admet une exception pour « *les produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement* », pour lesquels 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.
158. En pratique, l'arrêté du 3 janvier 2008 dispose que « *En application de l'article 75 de la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 susvisée, les délais de paiement par tous producteurs et revendeurs de produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement ne peuvent excéder, sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente :*
- *Pour les produits frais :*
 - *10 jours après la quinzaine calendaire de livraison pour les entreprises de moins de 10 salariés*
 - *10 jours après la fin du mois de livraison pour les autres entreprises.*
 - *Pour les autres catégories de produits :*
 - *14 jours après la fin du mois de livraison* »⁸⁷ (soulignement ajouté).

⁸⁶ Annexe 21, cote 168.

⁸⁷ Arrêté n° 2008-91/GNC du 3 janvier 2008 portant fixation des délais de paiement des produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement.

159. D'après une pratique décisionnelle établie de l'Autorité en matière de délais de paiement, une entreprise ne peut prévoir contractuellement un délai supérieur à celui qui aurait dû résulter de l'application de la loi⁸⁸.
160. En outre, si l'arrêté du 3 janvier 2008 prévoit que les entreprises peuvent prévoir un délai de paiement supplétif au délai de 14 jours après la fin du mois de livraison pour la transformation de produits autres que les produits frais, ce délai supplétif ne peut être défavorable au fournisseur. Par conséquent, les entreprises peuvent seulement choisir de pratiquer des délais de paiement plus courts ou égaux à la durée légale ou réglementaire.
161. En troisième lieu, l'article Lp. 443-3 du code de commerce détermine les sanctions administratives applicables à cette infraction : « *Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 1 000 000 F.CFP pour une personne physique et 5 000 000 F.CFP pour une personne morale le fait de ne pas respecter les délais de paiement fixés en application des articles Lp. 443-1 et Lp. 443-2.* »
162. Enfin, l'Autorité a l'obligation d'infliger une sanction de publication à toute entreprise qui aurait enfreint la législation en vigueur en matière de délais de paiement entre professionnels, conformément au VI de l'article Lp. 444-1 : « [...] *La décision est toujours publiée lorsqu'elle est prononcée en application du VII de l'article Lp. 441-6 ou de l'article Lp. 443-3. Toutefois, le rapporteur général de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie doit préalablement avoir informé la personne sanctionnée, lors de la procédure contradictoire fixée au IV, de la nature et des modalités de la publicité envisagée* ».

c) Application au cas d'espèce

163. La pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de délais de paiement est d'ores et déjà bien établie en Nouvelle-Calédonie.
164. L'Autorité rappelle à cet égard que le non-respect des règles relatives aux délais de paiement constitue une pratique grave car elle a un impact direct sur la situation financière des fournisseurs. Des délais de paiement anormalement longs vont de pair avec des tensions sur la trésorerie et le besoin de fonds de roulement, souvent couvert par un recours à l'endettement. Ils sont de potentiels signes de fragilité (relations fortement déséquilibrées avec le donneur d'ordres, dépendance à un petit nombre de clients...) et peuvent aussi être à l'origine de défaillances pour les créanciers qui les subissent.
165. Concernant les délais de paiement relatifs à la fourniture de produits de boissons, la société Le Froid transforme des produits de boissons qu'elle revend à ses clients et notamment à la société SODEC dans le cadre de son activité de restauration rapide. Elle doit donc être considérée comme un producteur de produits de consommation courante transformés localement, au regard de l'arrêté du 3 janvier 2008 précité.
166. Or, les produits de boissons commercialisés par la société Le Froid ne sont pas considérés comme des produits frais au regard de l'arrêté du 3 janvier 2008, car ils se conservent sous forme de sirop.
167. L'Autorité considère donc que lorsque la société SODEC achète des produits de boissons à la société Le Froid, elle doit respecter le délai de paiement de 14 jours après la fin du mois de livraison, tel que décrit dans l'article 75 de la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 et de l'arrêté du 3 janvier 2008, pour les produits n'appartenant pas à la catégorie des produits frais.

⁸⁸ Décision n° 2021-PCR-05 du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC) en matière de pratiques commerciales restrictives, p. 23.

168. Ainsi, l'article 9 du contrat d'approvisionnement, intitulé « *Délais de Règlement* »⁸⁹ qui dispose que « *L'Acheteur règlera les factures du Fournisseur à 30 jours fin de mois* » est contraire à la réglementation en matière de délais de paiement.
169. Par ailleurs, l'Autorité rappelle que les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce ont pour objet de protéger non seulement les fournisseurs contre d'éventuels délais excessifs mais visent aussi à assurer l'égalité de traitement entre des fournisseurs concurrents. En Nouvelle-Calédonie, le législateur s'est inscrit dans cette logique en faisant le choix d'interdire d'éventuelles dérogations contractuelles au délai légal maximum de trente jours.
170. Dès lors, si l'arrêté du 3 janvier 2008 prévoit que les cocontractants peuvent déroger au délai réglementaire de 14 jours après la fin du mois de livraison, le délai supplétif choisi par les parties doit nécessairement être inférieur au délai précité et donc en faveur du fournisseur. Le délai de 14 jours après la fin du mois de livraison est donc un délai maximum, qui ne peut être allongé même par la voie contractuelle⁹⁰, sauf à ce qu'un accord interprofessionnel dérogatoire soit proposé en ce sens au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie puis approuvé conformément au dernier alinéa de l'article Lp. 443-2 du code de commerce.
171. De plus, il ressort de l'analyse *in concreto* du grand livre de la société Le Froid transmis au service d'instruction que, sur un échantillon de 54 factures, les délais de paiement pratiqués par la société SODEC dépassent, pour 50 factures, le délai réglementaire de 14 jours après la fin du mois de livraison applicable aux produits transformés localement n'appartenant pas à la catégorie des produits frais.
172. Par conséquent, l'Autorité en conclut que la société SODEC a enfreint la réglementation relative aux délais de paiement, en prévoyant, d'une part, des délais de paiement contraires à la réglementation dans son contrat d'approvisionnement avec la société Le Froid et, d'autre part, en pratiquant des délais de paiement dépassant largement le délai réglementaire de 14 jours après la fin du mois de livraison.
173. Concernant les délais de paiement relatifs aux prestations de coopération commerciale rendues par la société SODEC à la société Le Froid, la société SODEC facture à la société Le Froid des prestations au titre d'un budget marketing et d'un budget d'ouverture et de changement d'enseigne.
174. Il ressort de l'article 7 du contrat d'approvisionnement relatif au budget d'ouverture et de changement d'enseigne que le montant des factures relatives à ces opérations de coopération commerciale facturées par la société SODEC à la société Le Froid « *sera facturé et acquitté dans les 3 mois qui suivent chaque ouverture* »⁹¹.
175. L'Autorité constate que ce délai de paiement est contraire au délai légal de 30 jours calculé à partir de la date de réalisation de la prestation de services prévu à l'article Lp. 443-2 du code de commerce.
176. Par conséquent, l'Autorité en conclut que la société SODEC a enfreint la réglementation relative aux délais de paiement en prévoyant dans son contrat d'approvisionnement un délai de paiement supérieur au délai légal de droit commun.

⁸⁹ Annexe 4, cote 14.

⁹⁰ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020, n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020, n° 2020-PCR-03 du 20 octobre 2020, n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 et n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021.

⁹¹ Annexe 4, cote 14.

III. Appréciation des sanctions

177. L'article Lp. 444-1 du code de commerce précise qu'en cas d'infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du code de commerce constatées par un procès-verbal, l'Autorité peut :
- 1° enjoindre à toute entreprise de se conformer aux obligations mentionnées au titre IV, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite dans un délai raisonnable ;
 - 2° prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements prévus au titre IV ;
 - 3° constater un non-lieu ou adopter l'une des décisions mentionnées à l'article Lp. 462-8 du code de commerce.
178. Pour déterminer la nature et le montant des sanctions en matière de violation des règles relatives à la transparence commerciale, l'Autorité tient compte de la gravité des pratiques constatées, de leurs effets sur le marché et de la situation individuelle de l'entreprise.

A. Sur la gravité de la pratique et le dommage à l'économie

179. L'Autorité rappelle au préalable que les infractions relevées à l'encontre de la société SODEC sont multiples et nuisent de façon évidente à la transparence des relations commerciales. Néanmoins, dans un souci pédagogique, l'Autorité tiendra compte du fait qu'il s'agit de la première décision relative à des infractions en matière d'avantage sans contrepartie dans un contrat de coopération commerciale (article Lp. 441-7 du code de commerce).

1. S'agissant du manquement tiré de l'absence de contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale

180. L'Autorité rappelle que le fait pour un commerçant, de bénéficier de la part de ses fournisseurs d'une rémunération dépourvue des contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale est passible, d'après le quatrième alinéa du II de l'article Lp. 441-7 du code de commerce, d'une amende administrative de 1 000 000 F. CFP pour une personne physique et de 5 000 000 F. CFP pour une personne morale.
181. L'Autorité considère que ce manquement est une infraction grave. La sanction de l'avantage sans contrepartie instituée à cet article a d'abord pour vocation de protéger les intérêts du fournisseur, qui rémunère le commerçant en vue de bénéficier de prestations de coopération commerciale. Ainsi, même si les parties ne sont pas concernées par l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale, elles se doivent de respecter un équilibre dans les prestations échangées au titre de la coopération commerciale. Cette obligation permet à l'Autorité de contrôler l'équilibre substantiel de la coopération commerciale entre deux acteurs économiques et de sanctionner le déséquilibre, s'il est constaté.
182. En l'espèce, si la société SODEC a été capable de démontrer la réalité et la proportionnalité des contreparties versées au titre du budget « marketing » financé par la société Le Froid, tel n'a pas été le cas concernant le budget « ouverture & changement d'enseigne » d'un montant d'un million FCFP « *pour chaque conversion d'un restaurant QUICK à l'enseigne BURGER KING, en Nouvelle-Calédonie, ou à chaque ouverture de nouveau restaurant BURGER KING* » (article 8 du contrat d'approvisionnement).
183. Or, l'Autorité constate que la société SODEC a converti deux restaurants Quick à l'enseigne Burger King et ouvert deux nouveaux restaurants. Elle en conclut que l'avantage sans contrepartie concerne quatre opérations ayant donné lieu à une rémunération d'un montant total

de 4 000 000 F. FCFP, et pour lesquelles deux factures d'un montant de 1.060.000 FCFP sont versées au dossier⁹².

184. Dans le cadre de l'évaluation de la nature et du montant des sanctions, l'Autorité tiendra compte du fait qu'il s'agit de la première décision dans laquelle elle est conduite à se prononcer sur l'application de l'article Lp. 441-7 du code de commerce, et plus particulièrement sur un manquement lié à une absence de contrepartie. Le montant maximal de la sanction susceptible d'être infligée à une entreprise à ce titre est de 5 millions FCFP.

2. S'agissant du manquement aux règles de facturation

185. L'Autorité rappelle que le fait de ne pas délivrer de facture dans les conditions telles que précisées à l'article Lp. 441-3 ou de délivrer une facture ne comportant pas les mentions obligatoires prévues par les dispositions de ce même article est passible d'une amende administrative d'un montant maximum de 8 50 000 F. CFP pour une personne physique et de 45 000 000 F. CFP pour une personne morale, d'après l'article Lp. 441-4.
186. L'Autorité considère que l'infraction relative au non-respect du formalisme en matière de facturation est une pratique grave qui implique nécessairement un trouble à l'ordre public économique. Aussi, même si la société SODEC n'a pas retiré un avantage de cette pratique, cette circonstance n'efface pas le préjudice qu'elle a pu causer à son fournisseur en termes de défaut de transparence.
187. En effet, l'Autorité rappelle que les factures constituent un document autonome et à ce titre, les mentions exigées à l'article Lp. 441-3 du code de commerce doivent y figurer sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent. Au surplus, la société SODEC n'a pas été en mesure de justifier les raisons de ce manquement.
188. En l'espèce, l'Autorité constate que les manquements à l'article Lp. 441-3 du code de commerce ne concernent que six factures datées entre le 21 juin 2019 et le 29 décembre 2020 pour des opérations de prestation commerciale fournies à la société Le Froid, pour un montant total de 10 263 185 F. CFP.
189. Néanmoins, ces six factures correspondent à toutes les factures émises par la Sodec à destination de son fournisseur la société Le Froid, sur cette période, et présentent de nombreux défauts liés à l'absence de dénomination précise des opérations de coopération commerciale et de leur prix unitaire, l'absence du taux d'escompte, des pénalités de retard, de la date de prestation et de la date de règlement.

3. S'agissant du manquement à l'article Lp. 443-2 du code de commerce

190. L'Autorité rappelle qu'un manquement à l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif aux délais de paiement entre professionnels, est passible d'une amende d'un montant maximum de 1 000 000 F. CFP pour les personnes physiques et de 5 000 000 F. CFP pour les personnes morales au titre de l'article Lp. 443-2 du code de commerce. De plus, l'Autorité a l'obligation d'infliger une sanction de publication à toute entreprise qui aurait enfreint la législation en matière de délais de paiement entre professionnels, d'après le VI de l'article Lp. 444-1 du code de commerce.
191. L'Autorité a largement souligné dans ses précédentes décisions que les atteintes à l'article Lp. 443-2 du code de commerce constituent une pratique grave. Dès sa première décision en la matière, datée de janvier 2020, l'Autorité faisait valoir que « *le non-respect des délais de paiement légaux interentreprises est, sur le plan macroéconomique, une source de risque pour*

⁹² Annexe 7 cote 36 et Annexe 9 cote 42.

l'ensemble de l'économie calédonienne car il renforce le risque de crédit – les entreprises supportant des délais clients supérieurs à 30 jours portent une part significative du crédit bancaire à court terme – et qu'il comporte un risque de contagion des difficultés de trésorerie entre entreprises car les fournisseurs subissant des retards de paiement sont conduits, eux-mêmes, à décaler leurs propres échéances causant un cercle vicieux de manque de liquidités »⁹³.

192. En outre, l'Autorité rappelle que la réglementation en matière de délais de paiement est d'ordre public : il ne peut y être dérogé par voie contractuelle. La pratique décisionnelle de l'Autorité l'a confirmé à maintes reprises⁹⁴, tout comme la jurisprudence métropolitaine⁹⁵.
193. L'Autorité estime cependant, comme elle l'a fait par le passé, que la responsabilité des parties peut être partagée lorsque le manquement à la réglementation relative aux délais de paiement résulte d'un contrat bilatéral signé par les parties, dès lors que le risque de dépendance économique peut être écarté⁹⁶.
194. En l'espèce, l'Autorité constate que la société SODEC et la société Le Froid ont ensemble, commis un manquement à l'article Lp. 443-2 du code de commerce en établissant un délai de paiement supérieur au délai légal maximum autorisé dans leur contrat d'approvisionnement⁹⁷. De plus, la société SODEC a fait valoir en séance que les relations avec son partenaire commercial fournisseur de boisson se déroulaient sans accrocs depuis une dizaine d'années et que les délais de paiement pratiqués ne lui portaient pas préjudice.
195. Néanmoins, l'Autorité constate que la société SODEC pratiquait parfois des délais de paiement dépassant largement le délai contractuel prévu et donc, *a fortiori*, le délai légal maximum.
196. Or, si le risque de dépendance économique de la société Le Froid à l'égard de la société SODEC peut être écarté, la pratique reprochée à la société SODEC reste grave. En effet, le non-respect des règles relatives aux délais de paiement fait naître un risque de distorsion de la concurrence à l'égard des fournisseurs ayant une assise financière plus limitée. En l'espèce, sur le marché de la fourniture de produits de boissons, la société Le Froid est la seule à fournir des enseignes de la restauration rapide. Néanmoins, des pratiques de délais de paiement illicites sont de nature à décourager un nouvel entrant, qui aurait une assise financière plus fragile que la société Le Froid, sur le marché. Par conséquent, la pratique de délais de paiement illicites est un frein au développement concurrentiel du marché.
197. Il ressort de ce qui précède que l'adoption de clauses contractuelles contraires à la réglementation relative aux délais de paiement et la mise en œuvre de délais de paiement illicites vis-à-vis de son principal fournisseur de boissons sont des pratiques graves qui ont pu porter atteinte à l'ordre public économique.

B. Sur la démarche de mise en conformité de la société SODEC

198. Dans ses observations écrites, la société SODEC a indiqué vouloir entamer une démarche de mise en conformité sur les manquements qui lui ont été reprochés.
199. Concernant le manquement aux dispositions liées à l'avantage sans contrepartie dans la coopération commerciale, la société SODEC a transmis au service d'instruction un avenant au contrat d'approvisionnement, dans lequel elle a apporté des précisions sur les prestations

⁹³ Décision n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020 relative à des pratiques de la société Vale Nouvelle-Calédonie SAS.

⁹⁴ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020, n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020, n° 2020-PCR-03 du 20 octobre 2020, n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 et n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021.

⁹⁵ Tribunal de commerce de Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625.

⁹⁶ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 et n° 2021-PCR-01 du 29 juillet 2021.

⁹⁷ Annexe 4, cote 14.

échangées avec son fournisseur. Cet élément sera donc pris en compte en atténuation du montant de la sanction pour ce manquement.

200. Concernant le manquement aux dispositions relatives aux exigences de formalisme en matière de facturation, la société SODEC a indiqué qu'elle s'attacherait désormais à « *apporter des précisions aux libellés de ses factures tant sur la date que sur la caractérisation de la prestation* »⁹⁸. Elle a par ailleurs ajouté qu'elle n'avait « *sur le principe aucune opposition à apporter davantage de précisions à ses factures* ».
201. Sur ce point, l'Autorité rappelle que les mentions obligatoires devant figurer sur les factures sont une obligation impérative applicable à chaque entreprise au titre de l'article Lp. 441-3 et que la mise en conformité de la société SODEC est requise impérativement.
202. Concernant le manquement aux dispositions relatives aux délais de paiement entre professionnels, la société SODEC a reconnu payer ses échéances en retard, ces retards ne résultant « *nullement d'une volonté délibérée de ne pas respecter les délais de paiement* »⁹⁹. Elle a également indiqué qu'elle entendait « *respecter le délai de paiement pour ses règlements* »¹⁰⁰.

C. Sur la situation individuelle de la société

203. D'après une pratique décisionnelle bien établie, l'Autorité prend en compte la situation individuelle de l'entreprise mise en cause dans l'appréciation de la sanction.
204. Dans ses observations écrites, la société SODEC a fait valoir que « *les retards de paiement sont la résultante de difficultés d'organisation interne ; mais nullement d'une volonté délibérée de ne pas respecter les délais de paiement* ». Elle n'a cependant fourni aucun élément de nature à étayer les difficultés auxquelles elle était confrontée, l'empêchant de respecter les règles en matière de délais de paiement.
205. En séance, la société SODEC a fait valoir que la crise sanitaire liée à l'épidémie de COVID-19 avait fragilisé sa santé financière et bouleversé son activité, suscitant notamment une large réorganisation de ses ventes vers le drive.
206. Or, il ressort d'une jurisprudence bien établie qu'une situation financière difficile ne constitue pas en elle-même un motif d'exonération de la sanction prévue, dès lors que la réalité de l'infraction est établie¹⁰¹. Il n'en demeure pas moins qu'il peut en être tenu compte en atténuation de la sanction afin de ne pas mettre en péril la capacité financière de l'entreprise concernée.
207. En l'espèce, le chiffre d'affaires net de la société SODEC pour le dernier exercice clos en 2020 s'élevait à 1 084 783 371 F. CFP et le montant de ses bénéfices nets s'élevaient à environ 38 millions de F.CFP.

D. Sur la nature et le montant des sanctions retenues

208. Compte tenu de ce qui précède, l'Autorité décide que :
 - Il est établi que la société SODEC n'a pas enfreint les dispositions du I de l'article Lp. 441-7 du code de commerce et n'a donc pas l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale avec la société Le Froid ;

⁹⁸ Annexe 21, cote 167.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ TGI de Bordeaux, 7 février 2005.

- Il est établi, en revanche, que la société SODEC a enfreint les dispositions du II de l'article Lp. 441-7 du code de commerce ;
- Il est infligé à la société SODEC une amende administrative de 1 million F.CFP en raison de l'absence de contreparties inhérentes aux obligations de coopération commerciale concernant l'octroi du budget « ouverture & changement d'enseigne » ;
- Il est enjoint à la société SODEC de préciser la nature exacte des prestations de coopération commerciale qu'elle rendra à la société Le Froid au titre du budget « ouverture & changement d'enseigne » et du montant de la rémunération correspondant à chacune de ces prestations facturées à la société Le Froid ;
- Il est établi que la société SODEC a enfreint les dispositions de l'article Lp. 441-3 du code de commerce ;
- Il est infligé à la société SODEC une amende administrative de 2,5 millions de F. CFP en raison de l'absence, sur ses factures, de plusieurs mentions obligatoires prévues à l'article Lp. 441-3 du code de commerce.
- Il est enjoint à la société SODEC de réclamer des factures conformes à la réglementation en vigueur à la société Le Froid au titre du deuxième alinéa de l'article Lp. 441-3 du code de commerce.
- Il est établi que la société SODEC a enfreint les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce du fait du non-respect des délais de paiement entre professionnels ;
- Il est infligé à la société SODEC une amende administrative de 2,5 millions de F. CFP en raison du non-respect des délais de paiement entre professionnels prévus à l'article Lp. 443-2 du code de commerce ;
- Il est enjoint à la société SODEC de publier un communiqué dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes*, intitulé « **La SODEC, exploitante de l'enseigne « Burger King » en Nouvelle-Calédonie, sanctionnée à hauteur de 6 millions de F. CFP par l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques de concurrence restrictives et non-respect des délais de paiement** ». Le même résumé devra être accessible par un lien html portant le même intitulé et placé au centre de la page d'accueil du site www.burgerking.nc, dans une police d'écriture de taille 12, et pendant une durée de 30 jours. Ce lien et le communiqué dans la presse pourront être suivis, le cas échéant, de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour administrative d'appel de Paris.

La SODEC, exploitante de l'enseigne « Burger King » en Nouvelle-Calédonie, sanctionnée à hauteur de 6 millions de F. CFP par l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques de concurrence restrictives et non-respect des délais de paiement.

« Aux termes de sa décision n° 2022-PCR-01 du 20 avril 2022, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie sanctionne la Société de Développement Calédonienne (SODEC), qui exploite l'enseigne Burger King, à hauteur de :

- 1 million FCFP pour avoir bénéficié d'une rémunération de la part de son fournisseur, la société Le Froid, d'un million de francs à l'occasion de chaque ouverture ou changement d'enseigne des magasins Quick/Burger King, qui n'apparaît pas justifiée par un intérêt commun et qui ne s'accompagnait pas de contrepartie proportionnée de la part de la société SODEC, en contravention du II de l'article Lp. 441-7 du code de commerce ;

-2,5 millions FCFP pour ne pas avoir respecté le formalisme imposé par les articles Lp. 441-3 à 441-6 du code de commerce en matière de facturation à travers l'omission de plusieurs mentions obligatoires (date de la prestation, prix unitaire, conditions d'escompte, taux des pénalités de retard exigibles) et l'absence de dénomination précise des services de coopération commerciales rendus à la société Le Froid ;

- 2,5 millions FCFP pour ne pas avoir respecté les règles relatives aux délais de paiement fixées par l'article Lp. 443-2 du code de commerce et par l'arrêté n° 2008-91/GNC du 3 janvier 2008 portant fixation des délais de paiement des produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement. En l'espèce, ce manquement relève d'une responsabilité partagée entre la société Sodec et la société Le Froid puisque le contrat d'approvisionnement entre ces deux sociétés prévoyait un délai de règlement à « 30 jours fin de mois », alors que le délai applicable est de « 14 jours après la fin du mois de livraison ». En outre, l'analyse des factures in concreto a démontré que le délai de paiement moyen était de 42 jours à compter de la date de facturation, ce qui est supérieur au délai réglementaire.

Considérant que ces pratiques sont graves et qu'elles ont causé une atteinte à l'ordre public économique, l'Autorité a également enjoint à la société Sodec de se mettre en conformité pour l'avenir et lui a imposé une sanction de publication. »

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que la société SODEC n'a pas enfreint les dispositions du I de l'article Lp. 441-7 du code de commerce et n'a donc pas l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale avec la société Le Froid.

Article 2 : Il est établi, en revanche, que la société SODEC a enfreint les dispositions du II de l'article Lp. 441-7 du code de commerce.

Article 3 : Il est infligé à la société SODEC une amende administrative de 1 million de F. CFP en raison de l'octroi d'un budget « ouverture & changement d'enseigne » dépourvue de contrepartie réelle et proportionnée dans le cadre du contrat d'approvisionnement conclu avec la société Le Froid pour la période du 1^{er} août 2017 au 31 juillet 2022.

Article 4 : Il est enjoint à la société SODEC de modifier le projet d'avenant à son contrat transmis à l'Autorité le 28 février 2022 dès lors que la rémunération de 1 million de F. CFP au titre du budget « ouverture & changement d'enseigne » n'est toujours pas suffisamment justifiée par des contreparties réelles et proportionnées relevant de la coopération commerciale ;

Article 5 : Il est établi que la société SODEC a enfreint les dispositions de l'article Lp. 441-3 du code de commerce.

Article 6 : Il est infligé à la société SODEC une amende administrative de 2,5 millions de F. CFP en raison de l'absence, sur ses factures, de plusieurs mentions obligatoires prévues à l'article Lp. 441-3 du code de commerce.

Article 7 : Il est enjoint à la société SODEC de réclamer des factures conformes à la société Le Froid au titre du deuxième alinéa de l'article Lp. 441-3 du code de commerce.

Article 8 : Il est établi que la société SODEC a enfreint les dispositions de l'article Lp. 443-2 du code de commerce.

Article 9 : Il est infligé à la société SODEC une amende administrative de 2.5 millions de F. CFP en raison du non-respect des délais de paiement entre professionnels prévus à l'article Lp. 443-2 du code de commerce.

Article 10 : Il est enjoint à la société SODEC de publier, dans les 30 jours suivant la notification de la présente décision, le communiqué prévu au point 208. Cette publication interviendra dans le quotidien *Les Nouvelles calédoniennes* et devra également être accessible par un lien html portant le même intitulé et placé au centre de la page d'accueil du site www.burgerking.nc, dans une police d'écriture de taille 12, et pendant une durée de 30 jours. La personne morale concernée adressera au bureau de la procédure de l'Autorité, copie de cette publication, dès sa parution. Ce lien et le communiqué dans la presse pourront être suivis, le cas échéant, de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet d'un recours devant la cour administrative d'appel de Paris.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Virginie Elissalde, rapporteure, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président et Mme Nadège Meyer, membre de l'Autorité.

La secrétaire de séance,



Flavienne Haluatr

La présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre