



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Avis n° 2022-A-03 du 13 juillet 2022

relatif à l'interprétation des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce

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

Vu la saisine de la Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie (ci-après la « FINC »), enregistrée le 30 novembre 2021, sous le numéro 21-0034A, sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après le « code de commerce »), d'une demande d'avis portant sur l'interprétation de la réglementation issue du Titre IV du Livre IV du code de commerce ;

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 ;

Vu le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale par intérim, le rapporteur, le représentant de la FINC entendu lors de la séance de l'Autorité du 1^{er} juin 2022, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Le présent avis répond à une demande d'avis formulée par la Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie (FINC) le 30 novembre 2021 concernant l'interprétation et le champ d'application des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après, le « code de commerce »).

L'Autorité rappelle que ces dispositions ont été introduites en 2010 en Nouvelle-Calédonie pour assurer une plus grande transparence de la relation commerciale entre fournisseurs et distributeurs et, au-delà du rétablissement de l'ordre économique, inviter les acteurs (agriculteurs, producteurs, grossistes importateur et distributeurs) à travailler sur la compétitivité de leur secteur. Elles ont été codifiées au sein du Titre IV du Livre IV du code de commerce par la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014.

Sur l'interprétation des notions de « distributeur » et de « prestataire de services » au sens de l'article Lp. 441-9 du code de commerce, l'Autorité rappelle en premier lieu qu'elle s'est déjà prononcée dans le cadre de sa décision n° 2022-PCR-01 du 20 avril 2022. Dans cette décision, elle a notamment considéré que la convention unique n'est obligatoire qu'entre un fournisseur et un distributeur ou prestataire de services qui revend en l'état les biens du fournisseur, dès lors que la relation contractuelle déroge aux conditions générales de vente du fournisseur.

En conséquence, la convention unique n'a pas vocation à s'appliquer en cas de revente de produits transformés par un distributeur ou par un prestataire de services, tels que les cafés, hôtels, restaurant (ci-après, « CHR »). Elle n'a pas vocation à s'appliquer non plus lorsque la revente en l'état d'un produit n'est que l'accessoire d'une prestation de service plus globale. Ainsi, la revente de boissons par un CHR n'est que l'accessoire d'une prestation de service principale de restauration, par exemple. A l'inverse, si la prestation de services n'est que l'accessoire d'une opération de revente en l'état, comme des services de coopération commerciale réalisés par un distributeur, la convention unique est obligatoire.

Suivant ce critère, les opérateurs proposant des distributeurs automatiques de produits alimentaires doivent respecter les dispositions de l'article Lp. 441-9 du code de commerce dès lors que les produits sont revendus en l'état, qu'ils soient ou non réfrigérés. A l'inverse, si le distributeur automatique opère une transformation du produit (machine à café par exemple), il n'entre pas dans ce champ.

L'Autorité rappelle en deuxième lieu que l'article Lp. 441-9 du code de commerce a une vocation générale et ne prévoit aucune exception quant à son application. En conséquence, tout distributeur, qu'il soit grossiste ou commerçant, quelle que soit sa taille ou son volume d'affaires, y est soumis.

Sur la portée des avis de la Commission d'évaluation des pratiques commerciales métropolitaine, l'Autorité a déjà indiqué dans sa décision n° 2021-PCR-03 que *« pour éclairants qu'ils sont, [ces avis] ne la lient aucunement et ne peuvent être simplement transposés à la situation calédonienne où la réglementation et les conditions de marché sont très spécifiques. Il appartient donc à l'Autorité de déterminer leur éventuelle pertinence au cas par cas »*.

A cet égard, l'Autorité rappelle qu'il existe en Nouvelle-Calédonie l'équivalent de la CEPC métropolitaine puisque l'article Lp. 440-1 du code de commerce a créé en 2010 une commission consultative des pratiques commerciales (CCPC) ayant les mêmes compétences. Or, cette commission n'est plus active depuis 2012. **L'Autorité réitère donc la recommandation qu'elle avait déjà formulée dans un avis n° 2021-A-01 du 1^{er} février 2021 consistant à réactiver la CCPC** après avoir réformé sa composition pour éviter des interférences politiques, lui avoir donné les moyens de remplir sa mission légale et l'autoriser à désigner comme rapporteurs extérieurs des experts en matière de pratiques commerciales restrictives (avocats, professeurs de droit...).

Sur la possibilité ou non de renouveler tacitement une convention unique au sens de l'article Lp. 441-9 du code de commerce, l'Autorité rappelle qu'aucune disposition du code de commerce ne prévoit le renouvellement tacite de la convention unique ou bien la possibilité d'établir une convention unique pluriannuelle à l'instar de la métropole. Dès lors, en Nouvelle-Calédonie, la reconduction de la convention, même dans des termes identiques à ceux de l'année précédente, implique un accord explicite et contrôlable des parties quelle qu'en soit la forme.

Sur le champ d'application territorial des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce, les organisations professionnelles entendues plaident toutes pour limiter l'application de ces deux articles aux seuls opérateurs calédoniens, sauf la FINC, qui estime que tous les fournisseurs, locaux et extérieurs au territoire, doivent respecter les dispositions calédoniennes dans leurs relations avec des distributeurs locaux.

A l'instar de la CEPC en métropole, l'Autorité considère que les articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce ne sont applicables qu'aux situations internationales qui présentent des éléments de rattachement au territoire calédonien suffisants au regard de l'objectif de défense de l'ordre public économique poursuivi par cette réglementation.

Dans ce cadre, l'Autorité considère donc qu'un fournisseur calédonien commercialisant ses produits auprès de distributeurs situés hors du territoire calédonien, n'est pas tenu de conclure une convention unique. De la même manière, un fournisseur calédonien fabricant des produits à marque de distributeur (MDD) pour un distributeur situé hors du territoire calédonien n'est pas tenu de conclure une convention spécifique prévue à l'article Lp. 441-8 du code de commerce.

En revanche, il n'est pas exclu que les dispositions des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce s'appliquent, si l'enquête démontre *in concreto* que l'absence de conclusion d'une convention unique ou d'un contrat de marque de MDD entre un distributeur calédonien et un fournisseur extérieur au territoire aurait, par exemple, des effets sur le fonctionnement équilibré du marché en Nouvelle-Calédonie.

En tout état de cause, ces dispositions ont vocation à s'appliquer si un opérateur calédonien prévoit, par voie contractuelle, l'application du droit calédonien dans le cadre de ses relations commerciales avec des fournisseurs extérieurs au territoire.

Enfin, l'Autorité considère que l'article Lp. 441-9 du code de commerce s'applique aux relations intragroupes, que les sociétés du groupe soient ou non autonomes, car la convention unique constitue un outil de transparence et de contrôle des relations commerciales, y compris au sein d'un groupe verticalement intégré.

Le présent avis montre que les entreprises calédoniennes sont confrontées à des questions d'interprétation du droit local. Il constitue donc l'occasion pour l'Autorité de créer une nouvelle foire aux questions (FAQ) sur son site internet visant à informer les entreprises sur leurs obligations en matière de formalisme de la relation commerciale au sens des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce.

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

SOMMAIRE

I. Introduction.....	5
II. Le contexte juridique et les objectifs de la réglementation	6
A. Le contexte juridique	6
B. Les objectifs de la réglementation applicable	7
III. Sur l'interprétation des articles Lp. 441-9 et Lp. 441-8 du code de commerce applicables en Nouvelle-Calédonie.....	10
A. Sur l'interprétation des notions de « distributeur » et de « prestataire de services » au sens de l'article Lp. 441-9 du code de commerce	11
1. Les interrogations de la saisissante	11
2. La réponse de l'Autorité	11
B. Sur le renouvellement par tacite reconduction de la convention unique	15
1. L'interrogation de la saisissante	15
2. La réponse de l'Autorité	15
C. Sur le champ d'application territorial des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce	16
1. Les interrogations de la saisissante	16
2. La réponse de l'Autorité	16
D. Sur l'application de l'article Lp. 441-9 aux relations intragroupes.....	18
1. L'interrogation de la saisissante	18
2. La réponse de l'Autorité	18
IV. Les recommandations de l'Autorité.....	19

I. Introduction

1. Par courrier électronique du 30 novembre 2021¹, la fédération des industries de Nouvelle-Calédonie (ci-après « la FINC ») a saisi l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après l’« Autorité »), sur le fondement de l’article Lp. 462-1 du code de commerce, d’une demande d’avis portant sur l’interprétation de la réglementation issue du titre IV du livre IV dudit code.
2. Dans sa saisine, la FINC interroge l’Autorité sur quatre points : la qualification de « distributeur » au sens de Lp. 441-9 du code de commerce ; la possibilité de renouveler par tacite reconduction la convention unique visée à Lp. 441-9 ; le champ d’application territorial des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 et l’application de Lp. 441-9 dans le cadre de conventions intra-groupes.
3. L’article Lp. 462-1 du code de commerce prévoit que l’Autorité peut donner son avis sur toute question de concurrence à la demande des organisations professionnelles et syndicales en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.
4. En l’espèce, la FINC est une organisation professionnelle immatriculée au répertoire Ridet depuis le 9 août 1995, l’activité principale exercée étant « *Promotion, soutien et défenses des entreprises et industries de transformation* ».²
5. Le titre IV du livre IV du code de commerce intitulé « *De la transparence et des pratiques restrictives de concurrence* », régit les relations commerciales interprofessionnelles.
6. Aux termes des dispositions de l’article Lp. 444-1 du code de commerce « *L’autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est l’autorité compétente pour sanctionner les infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du présent livre.* »
7. S’agissant d’une question de concurrence, l’Autorité est donc compétente, au titre de l’article Lp. 462-1 du code de commerce, pour se prononcer sur l’interprétation de la réglementation issue du titre IV du livre IV du code de commerce.
8. L’Autorité rappelle néanmoins que, selon les dispositions de l’article Lp. 440-1 du code de commerce, la commission consultative des pratiques commerciales (ci-après « la CCPC ») a pour mission de donner son avis sur toutes questions et pratiques concernant les relations entre les différents partenaires économiques, dans les domaines relevant du titre I^{er} des livres III et du titre IV du code de commerce. Ainsi, l’Autorité s’est attachée, dans son analyse, à respecter le champ de compétence de la CCPC en se limitant à une interprétation stricte de la réglementation afférant à la présente saisine et en s’appuyant sur ses décisions en matière de pratiques restrictives de concurrence.
9. Au cours de l’instruction, les principales organisations professionnelles concernées ont été interrogées afin de recueillir leurs observations sur l’interprétation de la réglementation :
 - La FINC, fédération des industries de Nouvelle-Calédonie à l’origine de la saisine, est une fédération patronale dans les secteurs de la sidérurgie, de l’énergie et de l’industrie de transformation³ ;
 - La CPME-NC, la confédération des petites et moyennes entreprises de Nouvelle-Calédonie, organisation patronale représentative des employeurs⁴ ;

¹ Voir annexe 1, cote 2.

² Voir avis de situation ridet de la FINC, annexe 3, cote 44.

³ Voir procès-verbal d’audition de la FINC, annexe 2, cotes 23 à 25.

⁴ Voir procès-verbal d’audition de la CPME NC annexe 2, cotes 12 à 13.

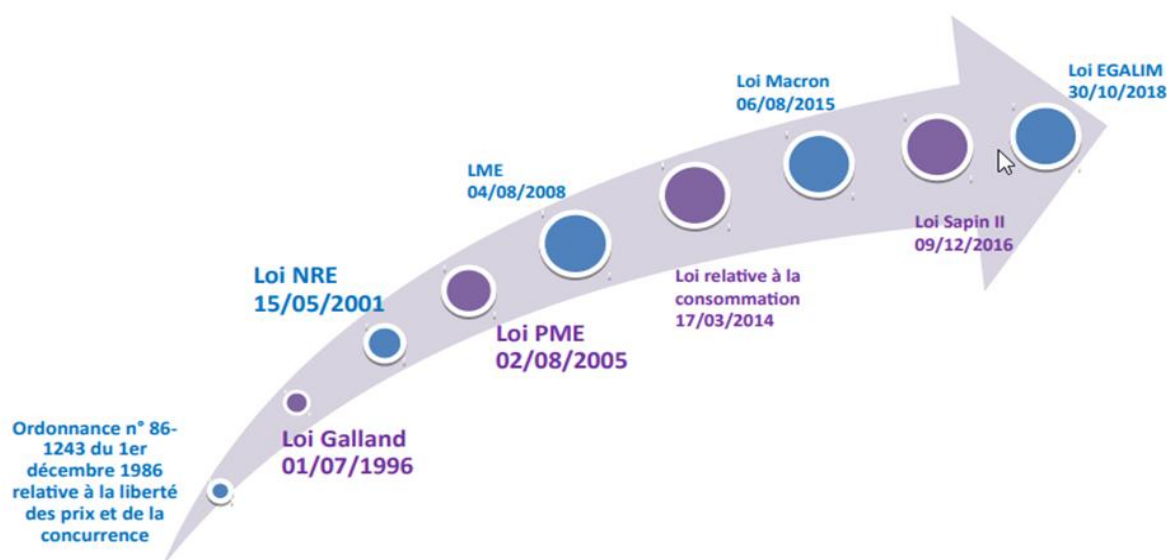
- Le MEDEF-NC, le mouvement des entreprises de France en Nouvelle-Calédonie, organisation patronale représentative des employeurs⁵ ;
- Le SIDNC, le syndicat des importateurs et distributeurs de Nouvelle-Calédonie, organisation professionnelle de l'importation et de la distribution⁶.

10. Le présent avis rappellera donc le contexte dans lequel la Nouvelle-Calédonie a adopté les dispositions soumises à l'avis de l'Autorité (II) avant de répondre aux questions d'interprétation posées par la FINC (III).

II. Le contexte juridique et les objectifs de la réglementation

A. Le contexte juridique

11. A titre liminaire, l'Autorité rappelle qu'en métropole, comme en Nouvelle-Calédonie, les pratiques restrictives de concurrence sont des comportements d'acteurs économiques présumés restreindre la concurrence et, pour cette raison, interdits, indépendamment de leur impact réel sur le marché ou d'un éventuel objet anticoncurrentiel. Elles se distinguent, sur ce point, des pratiques anticoncurrentielles qui ne sont sanctionnées que si elles ont eu pour objet ou pour effet de fausser la concurrence.
12. En métropole le droit des pratiques restrictives de concurrence est en constante évolution et a fait l'objet, depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de nombreuses réformes, reprises dans le schéma ci-après :



Source : DGCCRF

⁵ Voir procès-verbal d'audition du MEDEF NC annexe 2, cotes 19 à 21.

⁶ Voir procès-verbal d'audition du SIDNC, annexe 2, cotes 15 à 17.

13. Contrairement au dispositif métropolitain de contractualisation des relations commerciales qui évolue fréquemment vers toujours plus de formalisme et de complexité⁷, le dispositif calédonien est caractérisé par sa stabilité depuis son introduction en 2010⁸.
14. Le droit des pratiques restrictives de concurrence a émergé pour mettre fin aux abus relevés dans le secteur de la grande distribution comme le montrent les travaux préparatoires du Congrès de la Nouvelle-Calédonie (voir *infra*). Toutefois, cette réglementation, qui a été codifiée par loi de pays n° 2014-7 du 14 février 2014, s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services⁹, comme en métropole.
15. Les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence sont prévues au Titre IV du Livre IV du code de commerce, intitulé : « *De la transparence et des pratiques restrictives de concurrence* ». Elles visent à assurer la transparence de la relation commerciale, notamment en imposant un certain formalisme, et à sanctionner, sur le plan administratif, civil ou pénal, certains comportements susceptibles d'affecter son équilibre.
16. Aux termes de l'article Lp. 444-1 du même code, en vigueur depuis le 19 avril 2019, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est l'autorité compétente pour sanctionner les infractions ou manquements aux obligations prévues au Titre IV du Livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction qu'elle a prononcées.
17. Auparavant, la compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence était confiée au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, par l'intermédiaire de la direction des affaires économique de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « la DAE ») et seules des sanctions pénales pouvaient être infligées¹⁰.

B. Les objectifs de la réglementation applicable

18. En Nouvelle-Calédonie, l'obligation de conclure une convention unique a été introduite par la délibération n° 63 du 2 juin 2010 et codifiée à l'article Lp. 441-9 du code de commerce par la loi de pays n° 2014-7 du 14 février 2014.
19. En 2010, lors de l'examen au congrès de la Nouvelle-Calédonie du projet de délibération concernant la régulation des relations commerciales entre les acteurs économiques, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie présentait les objectifs de cette réglementation de la façon suivante¹¹ :
20. « *L'objectif de ce projet de délibération, au-delà du rétablissement de l'ordre économique est enfin d'inviter les acteurs (agriculteurs, producteurs, grossistes importateur et distributeurs) à travailler sur la compétitivité de leur secteur.*

Pour ce faire, il est nécessaire :

- que les rapports se normalisent entre les différents protagonistes ;

⁷ Voir notamment la Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs.

⁸ Voir l'article de M Clément Echard intitulé « *Nouvelle-Calédonie : L'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie publie son bilan d'activité 2020 et ses priorités pour 2021 qui font ressortir une émergence et une complémentarité de son action répressive en matière de transparence des relations fournisseurs-distributeurs avec la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles*, 4 janvier 2021, [Concurrences N° 1-2022, Art. N° 105550, pp. 201-204.](#)

⁹ Article Lp. 410-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et L. 410-1 du code de commerce en métropole.

¹⁰ Voir l'avis de l'Autorité n° [2018-A-07](#) du 31 août 2018.

¹¹ Voir le rapport n°6 des 8 et 9 avril 2010 de la commission de la législation et de la réglementation économique et fiscales, annexe 3, cote 226.

- qu'ils recherchent collectivement des solutions pour diminuer le coût de leurs relations notamment sur les marges arrière, à travers un accord interprofessionnel ;
- qu'ils recherchent ensemble des gains de productivité, notamment en matière d'engagement de volume, qui permettront la diminution des coûts de commercialisation et de distribution et faciliteront la négociation des tarifs fournisseurs ;
- qu'ils se rapprochent pour faciliter l'écoulement des produits locaux, tout en permettant à l'importation d'être complémentaire de la production locale. »

21. En particulier, s'agissant des obligations de l'article Lp. 441-9 du code de commerce, la DAE¹² rappelait que les objectifs de la convention unique étaient de :
- « -Simplifier le formalisme et appréhender l'ensemble du plan des affaires entre vendeur et acheteur.
- Consacrer les conditions générales de vente comme le référentiel de la négociation commerciale.
 - Figurer la relation commerciale en début d'année pour limiter les abus des distributeurs, notamment mettre fin aux demandes d'avantages commerciaux rétroactifs ainsi qu'aux négociations permanentes. »
22. La doctrine souligne également que « la convention unique est, à l'instar de la facturation, une pierre angulaire des règles relatives à la transparence tarifaire. La signature de ce document annuel "avant le 31 mars" est obligatoire dès lors qu'il y a un différentiel entre le "prix convenu" à l'issue de la négociation commerciale et le tarif du fournisseur annexé à ses CGV. C'est donc l'ensemble des éléments de la dégradation tarifaire (conditions de vente, coopération commerciale et autres obligations) qui doivent être définis avec précision et récapitulés dans la convention unique. »¹³
23. Conformément aux priorités définies par le collège de l'Autorité en 2020 et 2021, le service d'instruction a diligenté, lors de la clôture des négociations annuelles 2021, une série de contrôles auprès de l'ensemble des maillons de la chaîne de distribution alimentaire afin de s'assurer notamment du respect de la conclusion d'une convention unique conforme à l'article Lp. 441-9 du code de commerce en 2020 et en 2021.
24. Depuis, l'Autorité a rendu plusieurs décisions¹⁴ sur les obligations imposées par l'article Lp. 441-9 du code de commerce. Dans chacune de ses décisions, l'Autorité rappelle à titre liminaire que la convention unique annuelle imposée par l'article Lp. 441-9 du code de commerce doit permettre de formaliser, dans un seul et même document, le résultat de la négociation commerciale entre les parties. L'ensemble des éléments de la dégradation tarifaire, et, en particulier, les services de coopération commerciale, le contenu et les modalités de leur rémunération, doivent être définis avec précision et récapitulés dans la convention unique, sans qu'il soit besoin de se référer à plusieurs pièces pour comprendre l'intégralité et la réalité de la relation commerciale.

¹² Voir le guide de la DAE : Guide des bonnes pratiques des relations commerciales entre professionnels, annexe 3, cote 289.

¹³ Voir [Concurrences N° 1-2022, Art. N° 105550, pp. 201-204](#) précité.

¹⁴ Voir décision de l'Autorité : [2021-PCR-03](#) RSV, [2021-PCR-04](#) Socialait et [2021-PCR-05](#) GBNC.

25. Ainsi, la convention unique annuelle peut être schématisée de la manière suivante :



Source : Revue Lamy Concurrences, n°53 septembre 2016¹⁵

26. L'Autorité souligne que la fixation d'une date butoir avant le 31 mars - soit au plus tard le 30 mars de chaque année civile - a pour objectif de favoriser la clôture des négociations annuelles, au maximum, trois mois après le début de l'année civile.
27. Elle rappelle également que l'obligation de conclure une convention annuelle conforme à l'article Lp. 441-9 du code de commerce incombe à la fois au fournisseur et au distributeur.
28. Ces contraintes de forme et de date limite sont essentielles pour permettre à l'administration d'exercer son contrôle et vérifier que la relation commerciale n'est caractérisée par aucun abus de part et d'autre, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 25 janvier 2017 : « dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce »¹⁶. De plus, la jurisprudence est constante quant à la nécessité de faire apparaître les services de coopération commerciale de façon claire et spécifique afin de pouvoir en apprécier la matérialité¹⁷.

¹⁵ « Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce », par Me J.-C. Grall et C. Bellone.

¹⁶ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 25 janvier 2017, 15-23.547, Publié au bulletin.

¹⁷ Voir par exemple [CA Paris, 29 juin 2016, RG 14/02306](#) et [CA Paris, 8 février 2017, RG 15/02170](#).

29. En revanche, l’Autorité précise que, dans l’hypothèse où la **relation commerciale** se résumerait à de simples commandes **sur la base des conditions générales de vente** (ci-après « les CGV ») du fournisseur, **il n’est pas utile de conclure une convention unique**.
30. En effet, l’article Lp. 441-9 du code de commerce oblige à consigner par écrit des accords dérogatoires aux CGV, que pour autant qu’ils existent, comme l’a souligné la Commission d’évaluation des pratiques commerciales en métropole (ci-après « la CEPC »), reprise par l’Autorité dans sa décision n° 2021-PCR-03 :

« En l’espèce, l’Autorité constate que, dans son avis n° 10-07, la CEPC métropolitaine a adopté une position pragmatique et considéré qu’il n’était pas obligatoire pour les parties de conclure systématiquement une convention unique lorsque l’acheteur adhère aux conditions générales de vente du fournisseur dans le cadre de la passation de commandes ponctuelles. Cette interprétation de l’ancien article L. 441-7 du code de commerce métropolitain¹⁸ se limite aux ‘contrats instantanés’, situation qui, selon la CEPC, correspond ‘le plus souvent, à la vente ponctuelle aux professionnels de produits proposés en libre-service ou en ligne’.

En revanche, la CEPC souligne dans cet avis que l’exigence de formalisation d’une convention unique suppose ‘d’une part, une certaine permanence de la relation commerciale dont les flux puissent être canalisés dans des engagements annuels et, d’autre part, qu’il soit d’usage de négocier dans ce type de relation’ »¹⁹.

III. Sur l’interprétation des articles Lp. 441-9 et Lp. 441-8 du code de commerce applicables en Nouvelle-Calédonie

31. Pour rappel, l’article Lp. 441-8 du code de commerce concerne les contrats de marque de distributeur et prévoit que :

« Les conditions dans lesquelles un fournisseur fabrique et/ou commercialise des produits à destination exclusive (marques de distributeurs, premiers prix, marques propres, etc.) de l’un de ses clients distributeurs, doivent être reprises dans un contrat rédigé en double exemplaire et détenu par chacune des deux parties.

Ce contrat reprend notamment :

- les conditions de développement, de réalisation et de vente des produits à marque de distributeur et/ou des autres produits fabriqués exclusivement pour le client/distributeur ;
- les modalités de renouvellement et de rupture du contrat.

Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu une convention satisfaisant aux exigences du I du présent article 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. »

32. L’article Lp. 441-9, relatif à la convention unique, dispose que :

« I. – Une convention unique conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services fixe :

¹⁸ Désormais articles L.441-3 et L.441-4 du code de commerce de l’État.

¹⁹ Voir Décision n° 2021-PCR-03 du 25 août 2021 relative à des pratiques de la SAS Le Riz de Saint-Vincent en matière de transparence commerciale, points 52 et 53.

1° les conditions de l'opération de vente des marchandises, des produits ou des prestations de services, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect des articles Lp. 441-6 et Lp. 441-8 ;

2° les accords de coopération commerciale, tels qu'ils résultent de l'article Lp. 441-7 ;

3° les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services autres que ceux visés aux alinéas précédents ;

4° les conditions dans lesquelles un fournisseur se fait rémunérer par son client en contrepartie de services, tels que prévus à l'article Lp. 441-6 ;

5° toute autre condition qui pourrait être conclue entre les parties, dans le respect des présentes dispositions.

II. – La convention unique est conclue avant le 31 mars de chaque année. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention unique est signée dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.

Les droits et obligations nés de la convention unique ne peuvent avoir de portée rétroactive.

III. – Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 8 500 000 F CFP pour une personne physique et 45 000 000 F CFP pour une personne morale le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du présent article. »

A. Sur l'interprétation des notions de « distributeur » et de « prestataire de services » au sens de l'article Lp. 441-9 du code de commerce

1. Les interrogations de la saisissante

33. La FINC sollicite l'avis de l'Autorité sur l'interprétation des termes « *le distributeur ou le prestataire de services* » afin de déterminer si cette obligation s'applique également aux Cafés, Hôtels, Restaurants (ci-après « les CHR ») et aux détenteurs de distributeurs automatiques de boissons ou de produits alimentaires.
34. La FINC interroge également l'Autorité sur l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie des avis de la CEPC métropolitaine.
35. Enfin, la FINC souhaite avoir l'avis de l'Autorité sur l'application de la convention unique aux relations avec des entités de petite taille (comme les stations-services) et pose la question suivante : « *Dès lors que le fournisseur et le distributeur ne conviennent pas de conditions de vente dérogatoires, ou de services de coopération commerciale et que la relation est basée entièrement sur les CGV, est-il obligatoire de conclure une convention unique au sens de Lp. 441-9 du Code de commerce ?* »²⁰.

2. La réponse de l'Autorité

a. Sur l'interprétation des termes « distributeur » et « prestataire de services »

36. L'article Lp. 441-9 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie impose la conclusion d'une convention unique, avant le 31 mars 2021, entre « *le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services* ».

²⁰ Voir la saisine de la FINC du 30 novembre 2021, annexe 01, cotes 1 à 2.

37. Dans sa décision 2021-PCR-03, l’Autorité a souligné le fait que l’article Lp. 441-9 du code de commerce couvre la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de service, sans prévoir aucune disposition d’exception²¹.
38. A l’instar de la métropole, le législateur calédonien a donc retenu un champ d’application large, permettant de conserver les définitions communément admises par les usages du commerce :
- Le terme « distributeur » est un opérateur qui achète, pour revendre des produits en l’état²² ;
 - Le terme « fournisseur » vise un producteur, un prestataire de service, un grossiste ou un importateur qui vend les produits ;
 - Les termes « prestataire de services » vise les opérateurs économiques qui rendent des prestations de services au titre de la coopération commerciale définie à l’article Lp. 441-7 du code de commerce.²³
39. S’agissant de la notion de distributeur, au sens de l’article Lp. 441-9 du code de commerce, l’Autorité s’est déjà positionnée dans sa décision n° 2022-PCR-01²⁴ en estimant que les CHR, pour lesquels la revente en l’état n’est que l’accessoire d’une prestation de service plus globale, ne peuvent être qualifiés de « distributeurs » :
- « 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.*
- 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. »²⁵*
40. L’Autorité en a donc conclu que le dispositif législatif relatif à la convention unique, qui n’a pas à s’appliquer en cas de revente de produits transformés, ne concernait pas les CHR.
41. Ainsi en réponse à l’interrogation de la FINC, l’Autorité a déjà indiqué que la convention unique ne s’appliquait pas aux relations unissant un fournisseur et un CHR, en particulier pour la fourniture de produits de boissons.
42. S’agissant de l’application de l’article Lp. 441-9 du code de commerce aux grossistes, l’Autorité considère, contrairement à ce que suggère la FINC, que le champ d’application de l’article Lp. 441-9 du code de commerce ne concerne pas uniquement les magasins de commerce de détail. En effet, les grossistes sont également concernés par cette réglementation, comme tout autre opérateur qui achèterait pour revendre en l’état. Par conséquent, et compte tenu de la décision de l’Autorité précitée, le grossiste est un distributeur au sens de l’article Lp. 441-9 du code de commerce.
43. En métropole, le formalisme de la relation commerciale est allégé pour les grossistes en comparaison des commerces de détail : ainsi, seule la convention unique « socle » prévue par

²¹ Décision [2021-PCR-03](#) précitée §43.

²² Voir la décision [2022-PCR-01 SODEC](#)

²³ Voir art. 441-7 alinéa 2 « [...] un distributeur ou un prestataire de services s’oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l’occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des conditions générales d’achat et de vente.

²⁴ 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

²⁵ Ibid. points 55 et 56.

les dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce de l'État s'applique aux grossistes, dont l'activité est définie légalement²⁶.

44. Toutefois, il n'existe pas de dispositions similaires en Nouvelle-Calédonie. Dès lors, les grossistes et les centrales d'achat par exemple, sont soumis à l'obligation de conclure une convention unique au sens de l'article Lp. 441-9 du code de commerce.
45. L'Autorité considère qu'il ne serait pas opportun de calquer la réglementation locale sur la réglementation métropolitaine dès lors que tous les professionnels se plaignent déjà de la complexité de la loi actuelle en Nouvelle-Calédonie et que les conditions de marchés en Nouvelle-Calédonie sont très différentes de celles constatées en métropole.
46. S'agissant des opérateurs qui détiennent un distributeur automatique, il convient de distinguer les cas d'espèces, selon que la revente des produits proposés par un distributeur automatique est ou non en l'état. Si les produits proposés dans le distributeur automatique font l'objet d'une transformation (machine à café par exemple), le critère de revente en l'état n'est pas rempli de sorte que l'opérateur qui détient le distributeur automatique n'est pas tenu de signer une convention unique au sens de l'article Lp. 441-9 du code de commerce avec son fournisseur.
47. En revanche, pour tout produit qui ne fait l'objet d'aucune transformation et qui serait revendu en l'état dans le distributeur automatique, que celui-ci soit ou non réfrigéré, l'opérateur qui détient le distributeur automatique est nécessairement tenu de signer une convention unique avec son fournisseur, dès lors qu'il est dérogé aux CGV du fournisseur.
48. S'agissant enfin de l'application de la convention unique aux entités de petites tailles, le droit calédonien en vigueur n'opère pas de distinction selon la taille des entreprises. En effet, le champ d'application de l'article Lp. 441-9 du code de commerce concerne le fournisseur, le distributeur et le prestataire de service, quelle que soit la taille de ces derniers.
49. L'Autorité n'est pas favorable à l'exclusion de certaines catégories de commerce de détail, sur le fondement de seuils du chiffre d'affaires, de taille de surface commerciale ou de secteur d'activité, dès lors qu'il existe toujours des biais ou des pratiques de contournement.
50. En outre, il convient de relativiser le poids de l'obligation prévue par l'article Lp. 441-9 pour les petits commerces de détail dès lors que, comme indiqué *supra*, si le fournisseur et le distributeur ne conviennent pas de conditions de vente dérogatoires ou de services de coopération commerciale et que la relation est basée entièrement sur les CGV, la convention unique n'est pas obligatoire.
51. A l'inverse, dès lors qu'une négociation entre le fournisseur et le distributeur est intervenue, la convention unique est alors exigée, même si la négociation ne porte que sur des réductions de prix et non sur la réalisation de prestations commerciales, et ce, même s'il s'agit de commerce de petite taille.
52. En tout état de cause, l'Autorité rappelle que l'opportunité des poursuites, en cas de manquement aux règles de la convention unique, peut résulter d'une plainte ou de l'initiative du service

²⁶ Voir également la définition du grossiste au sens de l'article L. 441-4 II du code de commerce de l'État « -Le présent article n'est pas applicable au grossiste, qui s'entend de toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité. Sont assimilés à des grossistes les centrales d'achat ou de référencement de grossistes.

Sont exclus de la notion de grossiste les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail. ».

d'instruction de l'Autorité sous la responsabilité du rapporteur général dans le cadre des orientations annuelles fixées par le collège de l'Autorité. A cet égard, il convient de constater que les enquêtes du service d'instruction en matière de convention unique ont été prioritairement orientées sur les relations entre les principaux acteurs du secteur de la production et de la distribution en Nouvelle-Calédonie à ce jour.

b. Sur la portée des avis de la CEPC en Nouvelle-Calédonie

53. En métropole, la CEPC a été créée par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Elle a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs, qui lui sont soumis. Elle peut également décider d'adopter des recommandations sur les questions portant notamment sur le développement des bonnes pratiques commerciales. Elle exerce un rôle d'observatoire régulier de ces pratiques.
54. Les avis et recommandations rendues par la CEPC ne sont pas contraignants : ils s'appuient sur la réglementation en vigueur en métropole en matière de pratiques restrictives de concurrence, laquelle est sensiblement différente de la réglementation calédonienne.
55. Dans sa décision 2021-PCR-03 précitée, l'Autorité s'est déjà positionnée sur la prise en considération ou non des avis de la CEPC dans ses décisions : « *L'Autorité rappelle donc que les avis de la CEPC métropolitaine, pour éclairants qu'ils sont, ne la lient aucunement et ne peuvent être simplement transposés à la situation calédonienne où la réglementation et les conditions de marché sont très spécifiques. Il appartient donc à l'Autorité de déterminer leur éventuelle pertinence au cas par cas.* ».
56. La décision n° 2022-PCR-01 précitée montre qu'en l'espèce, l'Autorité a considéré pertinent, compte tenu des spécificités locales, de tenir compte de certains avis de la CEPC.
57. Il faut souligner que la Nouvelle-Calédonie est en principe dotée d'une commission consultative des pratiques commerciales (CCPC) ayant un champ de compétence comparable à la CEPC en métropole.
58. L'article Lp. 440-1 du code de commerce dispose en effet qu'*« il est créé une commission consultative des pratiques commerciales, instance de concertation, qui a pour mission de donner son avis, formuler des recommandations sur toutes questions et pratiques concernant les relations entre les différents partenaires économiques, dans les domaines relevant du titre Ier des livres III et du livre IV du présent code. Elle comprend des représentants du gouvernement, des provinces, des chambres consulaires, des organisations professionnelles représentatives d'un secteur, désignés par leur assemblée compétente, des services compétents de la Nouvelle-Calédonie, des représentants consommateurs pour les affaires qui les concernent, et le cas échéant de toute personne particulièrement qualifiée sur les problématiques abordées. Le gouvernement en précise la composition et en fixe les modalités d'organisation et de fonctionnement par arrêté. »*
59. Toutefois, et bien que les membres de la CCPC aient été effectivement désignés par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en 2012, cette commission n'est plus active depuis près de dix ans²⁷.
60. La CPME NC, interrogée par le service d'instruction dans le cadre du présent avis, a indiqué avoir proposé plusieurs fois que la CCPC se réunisse et joue pleinement son rôle²⁸. Par courrier

²⁷ Voir arrêté n° 2012-3131/GNC du 18 septembre 2012 portant désignation des membres de la commission consultative des pratiques commerciales. Annexe 09, cotes 26 à 28.

²⁸ Voir le procès-verbal d'audition CPME NC. Annexe 05, cotes 11 à 13.

du 10 janvier 2022²⁹, la présidente de l'Autorité a informé le président du Gouvernement de la présente saisine et de la possibilité de la confier à la CCPC.

61. L'Autorité souligne qu'elle a également eu l'occasion, dans le cadre de son avis n° 2021-A-01 du 1^{er} février 2021, relatif à l'avant-projet de loi du pays modifiant le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et portant diverses mesures d'ordre économique³⁰, de formuler des recommandations pour réactiver la CCPC en améliorant sa composition actuelle afin d'éviter toute interférence de nature politique, en lui donnant les moyens de remplir ses missions légales et en l'autorisant à désigner comme rapporteurs extérieurs des experts en matière de pratiques commerciales restrictives (avocats, professeurs de droit...). Cette recommandation n'a toutefois pas été mise en œuvre.

B. Sur le renouvellement par tacite reconduction de la convention unique

1. L'interrogation de la saisissante

62. La FINC demande à l'Autorité si, en l'absence de modification de ses CGV par un fournisseur d'une année à l'autre, et dans l'hypothèse où les parties ne modifieraient pas les conditions de l'opération de vente, les services de coopération commerciales rendus et/ou autres obligations, rémunérées, il serait possible d'accepter une tacite reconduction de la convention unique signée l'année précédente³¹.

2. La réponse de l'Autorité

63. L'Autorité rappelle qu'en application de l'article Lp. 441-9 du code de commerce, la convention unique doit être conclue avant le 31 mars de chaque année. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention unique est signée dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande³².
64. Ainsi, lorsqu'une des parties a émis le souhait de renégocier le contrat initial, un nouvel accord doit être conclu avant cette date. L'émission de nouvelles conditions générales de vente, par exemple, implique une nouvelle négociation entre les co-contractants et, s'ils décident d'y déroger, l'établissement d'une nouvelle convention unique, signée avant le 31 mars.
65. Toutefois, aucune disposition du code de commerce ne prévoit le renouvellement tacite de la convention unique ou bien la possibilité d'établir une convention unique pluriannuelle à l'instar de la métropole³³.
66. Dans le silence des textes sur ce point, l'Autorité estime qu'il convient de privilégier une interprétation stricte de la loi et que la reconduction de la convention, même dans des termes identiques à ceux de l'année précédente, implique un accord explicite et contrôlable des parties quelle qu'en soit la forme : à titre d'exemple, une proposition par courriel de reconduire la convention unique de l'an passé pour l'année suivante par l'une des parties et l'acceptation de cette proposition par courriel par l'autre partie suffit à constater l'accord explicite entre les parties.

²⁹Voir le courrier : 2021-92-CS-Pr. Annexe 04, cotes 9 à 10.

³⁰ Avis n° 2021-A-01

³¹ Voir le courriel de saisine de la FINC annexe 1, cote 2.

³² Voir II de l'art. 441-9 du code de commerce

³³ Voir « convention socle » IV. De l'article L441-3 du code de commerce : « *La convention mentionnée au I est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans* »

67. Dans sa décision n° 2021-PCR-05, l’Autorité souligne en effet que « *la fixation d’une date butoir avant le 31 mars soit au plus tard le 30 mars de chaque année civile annuelles, au maximum, a pour objectif de favoriser la clôture des négociations trois mois après que le début de l’année civile. Elle rappelle également l’obligation de conclure une convention annuelle conforme à l’article Lp. 441-9 du code de commerce incombe à la fois au fournisseur et au distributeur. Ces contraintes de forme et de date limite sont essentielles pour permettre à l’administration d’exercer son contrôle* » (soulignement ajouté).
68. En tout état de cause, il appartient au service d’instruction de l’Autorité d’examiner dans quelles conditions l’accord est explicitement ou non renouvelé et de se prononcer sur l’opportunité des poursuites, en cas de manquement, relevant de sa seule initiative en tenant compte de la possibilité pour les entreprises concernées de prendre l’initiative de se mettre en conformité pour éviter d’éventuelles poursuites.

C. Sur le champ d’application territorial des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce

1. Les interrogations de la saisissante

69. La FINC sollicite l’avis de l’Autorité sur le champ d’application des dispositions du titre IV du livre IV du code commerce et plus précisément, les article Lp. 441-8 et Lp. 441-9. Les 4 questions suivantes sont posées à l’Autorité³⁴ :
- De manière générale, quel est le champ d’application territorial du titre IV du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ?
 - Ainsi, un fournisseur calédonien commercialisant ses produits auprès de distributeurs situés hors du territoire calédonien, est-il tenu de conclure une convention conforme à Lp. 441-9 ?
 - Un fournisseur calédonien fabricant des produits de marque de distributeur (ci-après « produits MDD ») pour un distributeur situé hors du territoire calédonien, est-il tenu de conclure une convention conforme à Lp. 441-8 ?
 - De la même manière, un distributeur calédonien s’approvisionnant auprès de fournisseurs situés hors du territoire calédonien, est-il tenu de conclure une convention conforme à Lp. 441-9 ?
 - Enfin un distributeur calédonien s’approvisionnant auprès de fournisseurs situés hors du territoire calédonien pour la fabrication de ses produits à marque de distributeur, est-il tenu de conclure une convention conforme à Lp. 441-8 ?

2. La réponse de l’Autorité

70. Dans le cadre de l’instruction du présent avis, les organisations professionnelles ont fait connaître leur position sur ce point de la façon suivante :
- Selon le SIDNC, « *S’agissant du champ d’application territorial, si la grande distribution venait demain négocier avec les fournisseurs internationaux cela serait la mort du grossiste et la mort du petit commerce, pour nous le texte [Lp. 441-9] ne doit s’appliquer que pour ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie. Le cadre de la loi est territorial et doit rester territorial à notre sens* »³⁵ ;

³⁴ Voir le courriel de saisine de la FINC annexe 1, cote 2.

³⁵ Voir le procès-verbal d’audition du SIDNC, annexe 2, cote 20.

- Le MEDEF NC considère que : « *Il faut rester en Nouvelle-Calédonie, sinon cela devient trop complexe à mettre en œuvre et à contrôler* »³⁶ ;
- Lors de son audition par le service d'instruction, la FINC a déclaré : « *Sur le champ d'application territorial, la question se pose avec les relations commerciales avec des distributeurs métropolitains, wallisiens et Polynésiens notamment. Nous pensons que nous sommes hors champ d'application du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Nous ne sommes pas favorables à une obligation de conclure des conventions uniques dans un cadre extraterritorial* »³⁷. Néanmoins, au cours de la séance, le représentant de la FINC a précisé qu'à l'inverse, il convient d'imposer aux distributeurs et grossistes calédoniens d'appliquer l'article Lp. 441-9 du code de commerce aux fournisseurs installés hors du territoire afin que tous les fournisseurs, locaux et extérieurs au territoire calédonien, soient soumis aux mêmes obligations de transparence commerciale.

71. L'Autorité constate que les enquêtes du service d'instruction en matière de convention unique sont prioritairement orientées sur la relation commerciale entre professionnels calédoniens. Toutefois, dans son rapport, le service d'instruction considère qu'une application extraterritoriale des règles relatives à la transparence commerciale n'est pas exclue en matière de convention unique, notamment lorsque le fournisseur ou le distributeur calédonien choisissent de se référer dans leur contrat à l'article Lp. 441-9 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.
72. En métropole, la CEPC considère que les dispositions du code de commerce de l'Etat relatives à la convention unique « *semblent remplir les critères de la définition de la loi de police* » mais relèvent qu'elles « *n'indiquent pas expressément les situations relevant de leur champ d'application. Aussi, en présence d'un élément d'extranéité, les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce auront vocation à s'appliquer uniquement en présence d'un lien de rattachement suffisant avec la France au regard de l'objectif poursuivi par le texte* »³⁸.
73. De la même manière, l'Autorité considère que les articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce ne peuvent être applicables qu'aux situations internationales présentant un lien de rattachement suffisant avec la Nouvelle-Calédonie. Par conséquent, pour déterminer si ces règles ont vocation à s'appliquer, en présence d'un élément d'extranéité, à l'instar des quatre hypothèses présentées par la FINC, l'Autorité devra procéder à une analyse *in concreto* de la relation commerciale afin d'apprécier si les éléments de rattachement au territoire calédonien sont suffisants au regard de l'objectif poursuivi par ces dispositions légales.
74. A cet égard, l'Autorité rappelle que l'objectif poursuivi par le législateur calédonien était, au moment de l'adoption de ces deux articles, de rétablir « *l'ordre économique* » et « *d'inviter les acteurs (agriculteurs, producteurs, grossistes importateur et distributeurs) à travailler sur la compétitivité de leur secteur* » « *pour faciliter l'écoulement des produits locaux, tout en permettant à l'importation d'être complémentaire de la production locale.* »
75. Dans ce cadre, l'Autorité considère donc qu'un fournisseur calédonien commercialisant ses produits auprès de distributeurs situés hors du territoire calédonien, n'est pas tenu de conclure une convention unique. De la même manière, un fournisseur calédonien fabricant des produits à marque de distributeur (MDD) pour un distributeur situé hors du territoire calédonien n'est pas tenu de conclure une convention spécifique prévue à l'article Lp. 441-8 du code de commerce. En effet, dans ces deux hypothèses, la relation commerciale internationale n'a pas suffisamment

³⁶ Voir le procès-verbal d'audition du MEDEF NC, annexe 2, cote 20.

³⁷ Annexe 08, cote 24.

³⁸ Voir [avis de la CEPC n°19-17 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur le champ d'application de l'article L. 441-7 du code de commerce dans un contexte international](#).

d'éléments de rattachement au territoire calédonien au regard de l'objectif poursuivi par ce texte pour en justifier l'application dans ce contexte d'extranéité.

76. S'agissant des deux autres hypothèses envisagées par la FINC, l'Autorité considère qu'il n'est pas exclu que les dispositions des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce s'appliquent, si l'enquête *in concreto* démontre que l'absence de conclusion d'une convention unique ou d'un contrat de marque de MDD entre un distributeur calédonien et un fournisseur extérieur au territoire aurait, par exemple, des effets sur le fonctionnement équilibré du marché en Nouvelle-Calédonie.
77. En tout état de cause, ces dispositions ont vocation à s'appliquer si un opérateur calédonien prévoit, par voie contractuelle, l'application du droit calédonien dans le cadre de ses relations commerciales avec des fournisseurs ou distributeurs extérieurs au territoire.

D. Sur l'application de l'article Lp. 441-9 aux relations intragroupes

3. L'interrogation de la saisissante

78. La FINC sollicite enfin l'avis de l'Autorité sur l'applicabilité de l'article Lp. 441-9 du code de commerce aux relations intragroupes. Elle considère que cette formalité n'est pas pertinente notamment dans l'hypothèse où un distributeur situé sur le territoire calédonien s'approvisionne auprès d'une société de son groupe – sa société mère par exemple³⁹.
79. Au cours de la séance, le représentant de la FINC a précisé que la question se pose uniquement dans l'hypothèse où les sociétés du même groupe ne sont pas autonomes commercialement au sens du droit de la concurrence.

4. La réponse de l'Autorité

80. Il ressort de l'instruction que la FINC est la seule organisation professionnelle à estimer que la convention unique n'est pas utile en cas de relations commerciales intragroupes⁴⁰. Le SIDNC souligne en effet que, dans un tel contexte, « *la transparence est nécessaire* »⁴¹, et le MEDEF-NC considère qu'« *En intra-groupe c'est indispensable que la convention unique soit appliquée et opposable* »⁴².
81. Le service d'instruction souligne dans son rapport que la convention unique constitue un outil de transparence et de contrôle et, qu'à ce titre, la mise en œuvre d'une convention unique dans les relations intragroupes est cohérente, particulièrement en présence d'opérateurs intégrés verticalement.
82. L'Autorité rappelle, d'une part, qu'il n'existe aucune exception aux dispositions de l'article Lp. 441-9 du code de commerce et, d'autre part, que le fait, pour un grossiste et distributeur, d'appartenir à un même groupe, n'implique pas nécessairement une absence d'autonomie commerciale.
83. Dès lors, la signature d'une convention unique n'est pas nécessairement « *redondante avec les dispositions existantes notamment les décisions du conseil d'administration* »⁴³, comme le soutient la FINC.

³⁹ Voir courriel de saisine de la FINC, annexe 1, cote 2.

⁴⁰ Voir le procès-verbal d'audition de la FINC, Annexe 8, cote 25.

⁴¹ Voir le procès-verbal d'audition du SIDNC, Annexe 6, cote 16.

⁴² Voir le procès-verbal d'audition du MEDEF NC, Annexe 7, cotes 18 à 21.

⁴³ Voir le procès-verbal d'audition de la FINC, Annexe 8, cote 25.

84. Dans ses décisions n° 2020-DEC-08 et 2020-DEC-09, l’Autorité a pu accepter des engagements comportementaux de la part d’un groupe intégré verticalement, afin d’écartier un risque de verrouillage des intrants, grossiste et distributeur étant des filiales indépendantes et autonomes de leur société-mère⁴⁴.
85. De plus, l’Autorité s’accorde avec le service d’instruction et considère que la convention unique, en tant qu’outil de contrôle, doit être mise en œuvre pour retracer la réalité de la relation commerciale. Ce formalisme est donc nécessaire pour l’exercice du contrôle, y compris pour les filiales non-autonomes de leur maison-mère, pour apprécier l’ensemble de la relation commerciale, ceci sans qu’il soit besoin de se référer à d’autres documents. Cette obligation formelle apparaît d’ailleurs d’autant moins contraignante qu’elle intervient entre des filiales ou sociétés d’un même groupe.
86. Dès lors, l’Autorité en conclut que les dispositions de l’article Lp. 441-9 du code de commerce sont applicables aux relations commerciales intragroupes sans distinction.

IV. Les recommandations de l’Autorité

87. Dans le cadre de leur audition respective, la CPME et la FINC ont invité l’Autorité à réitérer sa recommandation relative à la réactivation de la CEPC et à introduire une foire aux questions visant à informer les entreprises sur leurs obligations en matière de formalisme de la relation commerciale. L’Autorité souscrit à ces propositions et formule les recommandations suivantes :

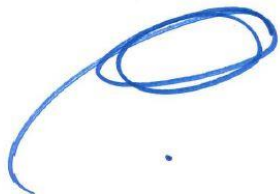
Recommandation n° 1 : Introduire une nouvelle foire aux questions (FAQ) sur le site de l’Autorité visant à informer les entreprises sur leurs obligations en matière de formalisme de la relation commerciale au sens des articles Lp. 441-8 et Lp. 441-9 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Recommandation n° 2 : Réformer la composition actuelle de la commission consultative des pratiques commerciales pour lui permettre d’assurer sa mission d’expertise et lui donner les moyens de remplir ses missions légales.

⁴⁴ Voir décision n° 2020-DEC-08 du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d’un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d’une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS et décision n° 2020-DEC-09 du 22 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d’un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d’une surface de 5 500 m² à Anse Uaré, dans la zone de Ducos à Nouméa, par la société Ballande SAS.

Délibéré sur le rapport oral de M. Jonathan Reb, rapporteur, et l'intervention orale de Mme Virgine Elissalde, rapporteure générale par intérim, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, MM. Robin Simpson, Walid Chaiehloudj et Mme Nadège Meyer, membres.

Le secrétaire de séance



Grégory Beaufiles

La présidente



Aurélie Zoude-Le Berre