



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

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 économique

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (formation plénière),

Vu la saisine du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « le gouvernement ») par laquelle ce dernier sollicite l'avis de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité »), sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après, le « code de commerce »), sur l'avant-projet de loi du pays du pays modifiant le livre IV du code de commerce et portant diverses mesures d'ordre économique (ci-après « l'avant-projet de loi du pays ») ;

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 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le service juridique et le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité du 28 janvier 2021,

Après en avoir délibéré le même jour, est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Sommaire

RESUME	4
<i>I. Les modifications de clarification et de simplification du livre IV du code de commerce sont bienvenues</i>	6
<i>A. Sur la clarification du droit de la concurrence</i>	6
<i>B. Sur la clarification et la simplification des procédures</i>	11
<i>II. L'introduction d'une sanction pécuniaire en cas de refus de vente entre professionnels est nécessaire et corrige un oubli</i>	16
<i>III. L'allongement des délais de paiement répond à une demande d'une partie du monde entrepreneurial mais apparaît excessif.....</i>	19
<i>A. Les éléments de contexte.....</i>	20
<i>B. Le dispositif proposé</i>	21
1. L'allongement du délai maximal de règlement	21
a) Sur la modification du point de départ du délai de paiement légal	21
b) Sur l'allongement du délai de paiement légal maximum à 30 jours « fin de mois »	22
2. L'introduction d'une modulation des délais de paiement par voie contractuelle	26
<i>IV. Rappel des 5 recommandations de l'Autorité</i>	29

1. Le 7 janvier 2021, le gouvernement a saisi pour avis l'Autorité, sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du code de commerce, sur l'avant-projet de loi du pays du pays modifiant le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et portant diverses mesures d'ordre économique.
2. Cet avant-projet de loi du pays a notamment pour objet de modifier le livre IV de la partie législative du code de commerce intitulé « *De la liberté des prix et de la concurrence* », qui concerne au premier chef l'Autorité, garante du respect de l'ordre public économique (titre I^{er} de l'avant-projet de loi du pays qui comporte V titres).
3. L'article Lp. 462-2 du code de commerce dispose que : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est également obligatoirement consultée par le congrès sur toute proposition de loi du pays et de délibération et par le gouvernement sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d'arrêté relatifs à toute modification des titres II, III, IV, V, VI et VII du livre IV de la partie législative et réglementaire du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie* ».
4. L'Autorité est donc compétente pour répondre à la demande d'avis du gouvernement, étant précisé que son avis se limitera à l'examen du titre 1^{er} qui modifie le livre IV du code de commerce, et en particulier aux articles 3 à 19 de l'avant-projet.
5. Elle a pris soin de solliciter les organisations professionnelles et les chambres consulaires pour recueillir leurs observations sur les modifications envisagées par l'avant-projet de loi du pays, en particulier les articles 11 (sanction du refus de vente entre professionnels) et 12 (allongement des délais de paiement entre professionnels) susceptibles de produire des effets sur le fonctionnement des entreprises calédoniennes.
6. L'avis de l'Autorité porte donc sur les modifications de clarification et de simplification des procédures devant l'ACNC (I), puis sur l'introduction d'une sanction pécuniaire en cas de refus de vente entre professionnels (II) et enfin sur l'allongement des délais de paiement proposé (III). Dans le cadre de cette analyse, l'Autorité formule 5 recommandations.

Résumé

L'Autorité est compétente pour se prononcer sur le titre I^{er} de l'avant-projet de loi du pays proposé par le gouvernement.

En premier lieu, l'Autorité considère que les modifications apportées pour simplifier, accélérer et garantir davantage les droits procéduraux des entreprises devant l'Autorité aux articles 1 à 10 et 13 à 19 de l'avant-projet de loi du pays sont pertinentes et formule trois recommandations.

A l'occasion de l'examen de l'article 9, qui supprime l'article Lp. 441-1 du code de commerce en ce qu'il est redondant avec le premier alinéa de l'article Lp. 440-2 lequel permet déjà « *la conclusion d'accords interprofessionnels entre organisations ou syndicats professionnels, dont la représentativité est reconnue par la commission consultative des pratiques commerciales [CCPC]* » pour déroger, le cas échéant, aux dispositions relatives à la transparence et aux pratiques commerciales restrictives, l'Autorité invite le gouvernement à s'interroger sur le fonctionnement actuel de cette commission consultative qui est une « coquille vide ». En effet, la composition de cette commission comme le fait que ses membres n'aient pas été nommés depuis 2012 et qui n'a donc rendu aucun avis depuis, sont problématiques. L'Autorité recommande donc prioritairement de réformer sa composition, lui donner les moyens de remplir ses missions légales et l'autoriser à désigner comme rapporteurs extérieurs des experts en matière de pratiques commerciales restrictives (avocats, professeurs de droit...). A défaut, il conviendrait de supprimer la référence à cette commission à l'article Lp. 440-2 (**recommandation n° 1**).

A l'occasion de l'examen de l'article 6, l'Autorité se félicite de la clarification des dispositions de l'article Lp. 430-8 et du renforcement des garanties procédurales offertes aux entreprises poursuivies pour des infractions aux règles relatives au contrôle des concentrations. Néanmoins, l'Autorité constate un oubli et propose donc d'étendre ces garanties procédurales en cas de procédure d'infraction diligentée en application du V de l'article Lp. 431-8 du code de commerce, c'est-à-dire contre une entreprise qui ne respecterait pas une décision de l'Autorité (**recommandation n°2**).

A l'occasion de l'examen de l'article 17, l'Autorité observe que la rédaction proposée ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi, à savoir préciser qu'il n'y a pas lieu de prévoir, lors du délibéré par le collège de l'Autorité, la présence du rapporteur général ou son adjoint et du rapporteur, même en matière d'avis, conformément à la pratique retenue par l'Autorité depuis sa création. En effet, l'article 17 prévoit la suppression du quatrième alinéa de l'article Lp. 463-7 qui autorise actuellement leur présence au délibéré sauf en cas de poursuites contentieuses alors qu'il conviendrait simplement de rédiger cet alinéa ainsi : « *Aucun agent du service d'instruction n'assiste au délibéré* ». A défaut, et si l'article 17 était adopté, la suppression du 4^e alinéa de l'article Lp. 463-7 pourrait laisser planer le doute d'un éventuel non-respect du principe fondamental de séparation des fonctions d'instruction et de jugement dans le cadre de la mission répressive de l'Autorité, ce qui n'est évidemment pas le cas (**recommandation n°3**).

En deuxième lieu, l'Autorité se félicite de constater, à l'article 11 de l'avant-projet de loi du pays, l'introduction d'une sanction pécuniaire en cas de refus de vente injustifié entre professionnels, pratique qui était jusqu'alors prohibée par l'article Lp. 442-1 du code de commerce mais jamais sanctionnée faute d'avoir précisé le montant de la sanction encourue. Or, dans un petit territoire insulaire, **il est indispensable de sanctionner des pratiques de refus de vente injustifiées qui peuvent pénaliser des acheteurs de bonne foi, voire verrouiller l'ensemble du marché, par l'intermédiaire d'exclusivités non conformes aux possibilités déjà prévues à l'article Lp. 442-1.**

L'Autorité recommande néanmoins au gouvernement de prévoir un **plafond maximal de sanction harmonisé avec celui déjà prévu en cas de violation des règles de facturation**. Ainsi, le montant maximal de la sanction prononcée par l'Autorité ne pourrait excéder 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et 45 millions de francs CFP pour une personne morale (**recommandation n° 4**).

En troisième et dernier lieu, l'Autorité constate qu'à la suite de son action volontariste pour lutter contre les délais de paiement excessifs en Nouvelle-Calédonie qui l'ont conduite à sanctionner cinq grandes entreprises calédoniennes en 2020, le gouvernement entend assouplir les règles en vigueur pour satisfaire une partie du monde entrepreneurial qui demande un **allongement du délai légal maximal et une possibilité de négociation contractuelle des délais de paiement**, en s'inspirant du modèle métropolitain.

L'article 12 propose ainsi d'allonger le délai maximal légal de « *trente jours suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation* » à « *trente jours fin de mois suivant la date d'émission de la facture* » et d'introduire une possibilité de modulation contractuelle « *qui ne peut excéder quarante-cinq jours fin de mois suivant la date d'émission de la facture* ».

L'Autorité rappelle qu'en métropole, les articles L. 441-10 à L. 441-6 encadrent les délais de paiement entre professionnels de manière très détaillée. **Le délai de paiement légal maximal de droit commun prévu par l'article L. 441-10 du code de commerce métropolitain est le même qu'en Nouvelle-Calédonie actuellement. Il n'est possible d'y déroger que par voie contractuelle dans des conditions beaucoup plus strictes que celles proposées à**

l'article 12 : ainsi, en métropole, le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours après la date d'émission de la facture, ou par dérogation, quarante-cinq jours fin de mois après la date d'émission de la facture sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier. En cas de facture périodique, le délai convenu entre les parties ne peut dépasser quarante-cinq jours après la date d'émission de la facture. Enfin, en métropole, le non-respect de ces délais de paiement est puni d'une amende maximale de 75 000 € pour une personne physique (environ 9 millions de F.CFP) et deux millions d'euros pour une personne morale (environ 240 millions F.CFP).

Compte tenu des spécificités de l'économie insulaire calédonienne, l'Autorité considère que la modification proposée par l'article 12 conduit à allonger de façon excessive le délai de paiement légal maximal (jusqu'à 60 jours suivant la date d'émission de la facture) et autorise, sans aucune justification ni contrepartie, les entreprises calédoniennes – en particulier les plus grandes – à négocier, par voie contractuelle, un délai pouvant aller jusqu'à 75 jours suivant la date d'émission de la facture (45 jours fin de mois). Ces dispositions sont beaucoup plus laxistes que celles applicables en métropole.

L'Autorité rappelle qu'en Nouvelle-Calédonie, l'essentiel du tissu économique est fondé sur des petites entreprises ayant une assise financière faible et un pouvoir de négociation très limité par rapport aux grands donneurs d'ordre. En conséquence, des délais de paiement anormalement longs vont de pair avec des tensions sur la trésorerie des PME et leur besoin de fonds de roulement, souvent couvert par un recours à l'endettement. Des délais de paiement excessifs sont donc de potentiels facteurs de fragilité (relations fortement déséquilibrées avec le donneur d'ordre, dépendance à un petit nombre de clients...) et peuvent aussi être à l'origine de défaillances pour les créanciers qui les subissent.

En outre, **s'il est exact que le délai de paiement légal en vigueur en Nouvelle-Calédonie est difficile à respecter en pratique, puisqu'en moyenne, les délais de paiement fournisseurs seraient d'environ 45 jours selon l'estimation de la CCI-NC réalisée à la suite d'une enquête auprès de ses membres en novembre 2019, le fait d'allonger le délai légal maximal à 60 jours à compter de la date d'émission de la facture, voire à 75 jours, par voie contractuelle, va nécessairement conduire à dégrader la moyenne actuelle des délais de paiement des entreprises calédoniennes.**

L'Autorité met donc en garde le gouvernement sur le risque de fragilisation de l'économie calédonienne résultant de l'allongement des délais de paiement prévu par l'article 12, qui lui paraît excessif car il pourrait conduire à la faillite des entreprises les plus fragiles et, potentiellement, soulève un risque systémique en cas de défaillances en cascade.

Par ailleurs, **l'Autorité s'étonne que l'allongement des délais de paiement ne s'accompagne pas d'un relèvement sensible du montant maximal des amendes encourues en cas de non-respect puisque l'article Lp. 443-3 du code de commerce n'est pas modifié et prévoit seulement une amende dont le montant ne peut excéder 1 million de F.CFP pour une personne physique et 5 millions de FCFP pour une personne morale.**

Or, **en pratique, les deux principales difficultés soulevées par les entreprises calédoniennes dans leurs observations concernant le délai de paiement légal de 30 jours suivant la livraison du bien ou la réalisation de la prestation tiennent, d'une part, au fait que le fournisseur émet parfois tardivement sa facture malgré l'obligation posée par l'alinéa 2 de l'article Lp. 441-3, plaçant l'acheteur en situation d'incertitude et de risque de sanction même s'il paie dans les trente jours suivant l'émission d'une facture émise postérieurement à la réalisation de la prestation ou la livraison du bien ; d'autre part, au fait que les entreprises règlent leurs factures à la fin de chaque mois pour des raisons pratiques (en cas de factures multiples) et en raison de contraintes informatiques (logiciels comptables), ce qui n'est pas toujours possible dans le cadre d'un délai de 30 jours à compter de la réalisation de la prestation ou de la livraison du bien.**

L'Autorité considère que la clarification du point de départ du délai proposée par l'article 12 répond à la première préoccupation des entreprises calédoniennes et propose au gouvernement de fixer le délai de paiement légal maximal à « quarante-cinq jours suivant la date d'émission de la facture » pour répondre à leur seconde préoccupation sous réserve d'augmenter, en contrepartie, le montant maximal des sanctions encourues de 1 à 8,5 millions pour une personne physique et de 5 à 45 millions pour une personne morale. En revanche, elle déconseille au gouvernement d'introduire la faculté de déroger à ce nouveau délai légal maximal, par voie contractuelle, étant donné le risque de déséquilibre entre les parties au contrat. Elle lui recommande vivement, s'il persiste dans cette voie, d'encadrer ce délai de paiement contractuel pour qu'il ne puisse excéder soixante jours suivant la date d'émission de la facture (recommandation n° 5).

I. Les modifications de clarification et de simplification du livre IV du code de commerce sont bienvenues

7. A titre liminaire, l’Autorité est favorable à l’**article 2** de l’avant-projet de loi du pays qui prévoit que les chambres consulaires concernées soient désormais saisies pour avis, sur tous les projets et propositions de lois du pays et de délibérations du congrès relatifs à la réglementation des prix, avant leur adoption, au même titre que l’autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et le comité de l’observatoire des prix et des marges.
8. Les autres dispositions du titre I^{er} concourent à la clarification du droit de la concurrence en vigueur (A) et simplifient ou précisent le cadre procédural devant l’Autorité (B), principalement à la demande de l’Autorité dans le cadre des travaux préparatoires de ce projet de loi du pays. Il n’en demeure pas moins important de présenter son avis sur les dispositions finalement proposées par le gouvernement.

A. Sur la clarification du droit de la concurrence

9. L’**article 3** de l’avant-projet de loi du pays prévoit de compléter le 4^{ème} alinéa de l’article Lp. 431-2 du code de commerce en précisant les conditions dans lesquelles certaines opérations de concentration ne sont pas soumises à l’obligation de notification préalable devant l’Autorité.
10. En l’état, le code de commerce exclut du champ de la notification obligatoire les opérations de concentration qui ne produiraient aucun effet sur aucun marché en Nouvelle-Calédonie : « *Par dérogation aux alinéas précédents, toute concentration qui ne produit aucun effet sur aucun marché en Nouvelle-Calédonie n’est pas soumise aux dispositions des articles Lp. 431-3 à Lp. 431-9.* »
11. En ajoutant comme deuxième condition que cette dérogation concerne les concentrations réalisées « *hors du territoire calédonien* » qui ne produisent aucun effet sur aucun marché en Nouvelle-Calédonie, le législateur apporte une clarification utile.
12. La nouvelle rédaction permet de préciser que seules les opérations de concentration réalisées hors du territoire calédonien ne sont pas concernées par l’obligation de notification prévue aux articles Lp. 431 3 à Lp. 431-9, même si les entreprises concernées par l’opération détiennent des filiales sur le territoire calédonien et dès lors que l’opération reste sans effet sur les marchés calédoniens.
13. L’Autorité a eu à connaître de deux opérations de concentration de ce type avant l’entrée en vigueur de la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 ayant introduit la dérogation prévue à l’article Lp. 431-2 du code de commerce : il s’agissait d’opérations de concentration réalisées en Europe par des groupes d’entreprises détenant des filiales en Nouvelle-Calédonie n’opérant pas sur les marchés concernés par l’opération mais dont le chiffre d’affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie dépassait les seuils de notification fixés par la législation calédonienne¹.
14. La dérogation introduite en 2020 permet d’écarter la notification préalable de ce type d’opérations réalisées hors de la Nouvelle-Calédonie mais la pratique de l’Autorité en 2020 montre que la rédaction actuelle est ambiguë car elle peut laisser croire qu’une opération de

¹ Voir les décisions n° 2018-DCC-07 du 28 décembre 2018 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Axione SAS par les sociétés Bouygues Energies et Services SAS (filiale du groupe Bouygues) et Mirova SA (filiale du groupe Banque Populaire Caisse d’Epargne) et n° 2020-DCC-01 du 13 janvier 2020 relative à la création en France de la société commune de plein exercice Archipels SAS par la Caisse des Dépôts et Consignations, EDF Pulse Croissance Holding SAS, ENGIE SA et La Poste SA.

concentration réalisée sur le territoire entre des entreprises réalisant individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 200 millions de francs CFP et ensemble plus de 1,2 milliard de francs CFP en Nouvelle-Calédonie mais qui, selon les entreprises concernées, n'aurait pas d'effet sur les marchés calédoniens, ne devrait pas être obligatoirement notifiées à l'Autorité.

15. Or, l'Autorité considère que seul le contrôle *a priori* de ce type d'opération de concentration réalisée sur le territoire permet de vérifier que l'opération a ou non des effets anticoncurrentiels sur les marchés calédoniens. **Aussi, les entreprises doivent-elles toujours notifier toute opération de concentration réalisée sur le territoire calédonien, même lorsqu'elles pensent que celle-ci n'aura aucun effet sur les marchés calédoniens. Leur appréciation ne doit aucunement se substituer au contrôle *a priori* réalisé par l'Autorité.**
16. La modification proposée par l'article 3 de l'avant-projet de loi du pays est donc nécessaire pour lever toute ambiguïté sur l'obligation de notification qui pèse sur les entreprises en cas de concentration réalisée en Nouvelle-Calédonie, même si l'opération n'a pas d'effets anticoncurrentiels sur les marchés calédoniens.
17. **Les 1° et 2° de l'article 6** de l'avant-projet de loi du pays viennent corriger deux erreurs de conjugaison à l'article Lp. 431-8 du code de commerce, contribuant à l'objectif d'intelligibilité de la loi².
18. **L'article 7** de l'avant-projet procède à une modification sémantique au sein de l'article 432-1, relatif au contrôle des équipements commerciaux en faisant référence, non plus à « *l'exploitant ou (au) futur exploitant* » mais à « *l'entreprise* ».
19. Cette harmonisation rédactionnelle permet de clarifier le fait qu'en droit de la concurrence, le pouvoir de marché de l'entreprise est appréhendé globalement, en tenant compte de toutes les entités ou exploitants du même groupe opérant dans la zone de chalandise concernée par l'opération de création ou d'extension d'une nouvelle surface de vente, conformément à la jurisprudence applicable en Nouvelle-Calédonie.
20. **L'article 9** propose d'abroger l'article Lp. 441-1 du code de commerce relatif à la négociation d'accords interprofessionnels en matière de relations commerciales. L'Autorité constate en effet que cet article est redondant avec l'article Lp. 440-2, immédiatement précédent, et qui prévoit que : « *L'application des dispositions du présent Titre peut donner lieu à la conclusion d'accords interprofessionnels entre organisations ou syndicats professionnels, dont la représentativité est reconnue par la commission consultative des pratiques commerciales.* »
21. L'Autorité constate néanmoins que la commission consultative des pratiques commerciales (CCPC), si elle existe sur le plan juridique, n'a aucune activité et n'a rendu aucun avis depuis près de dix ans.
22. Ainsi, l'article Lp. 440-1 du code de commerce a 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*

² Voy. not. : Cons. const., 12 janv. 2002, déc. 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale* : « *le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, imposent [au législateur], afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* ».

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 ».

23. Les règles de fonctionnement de la CCPC sont prévues par l'arrêté n° 2005-343/GNC du 17 février 2005 portant organisation de la commission consultative des pratiques commerciales³. En particulier, lorsque la commission examine un domaine d'activité particulier, le président nomme un rapporteur au sein de la commission et peut inviter à participer à ses travaux, à titre consultatif, un représentant des professionnels du domaine d'activité considéré, ainsi que toute personne qualifiée en fonction des thèmes abordés. Les membres de la CCPC exercent leur mandat à titre gratuit⁴.
24. Toutefois, sur le site juridoc.gouv.nc, il apparaît qu'aucune nouvelle nomination se soit intervenue depuis l'arrêté n° 2012-3131/GNC du 18 septembre 2012⁵ et qu'elle n'a rendu aucun avis depuis dix ans. La CCPC apparaît donc actuellement comme une coquille vide et ne peut pas se réunir pour reconnaître aux organisations professionnelles et syndicales le moindre caractère représentatif comme le prévoit l'article Lp. 440-2 du code de commerce.
25. En conséquence, l'Autorité recommande au gouvernement de redonner vie à la CCPC pour qu'elle puisse exercer l'ensemble des missions qui lui sont confiées par le livre IV du code de commerce de manière objective, en réformant en priorité sa composition afin d'éviter toute interférence de nature politique. Il pourrait s'inspirer de la composition de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) en métropole qui est, en particulier, présidée par un magistrat judiciaire ou administratif et qui peut nommer comme rapporteurs des experts extérieurs, spécialistes du droit des pratiques commerciales, pour rendre des avis et recommandations techniques et éclairées afin d'améliorer l'équilibre des relations commerciales entre producteurs et distributeurs⁶. Une telle instance s'avèrerait particulièrement utile en Nouvelle-Calédonie
26. A défaut, l'Autorité recommande au gouvernement de supprimer la référence à cette commission à l'article Lp. 440-2 afin de permettre la conclusion d'accords interprofessionnels.

³ Voir l'[Arrêté n° 2005-343/GNC du 17 février 2005 portant organisation de la commission consultative des pratiques commerciales](#) et l'[Arrêté n° 2006-761/GNC du 16 mars 2006 portant approbation du règlement intérieur de la commission consultative des pratiques commerciales](#).

⁴ Voir l'[Arrêté n° 2009-4389/GNC du 29 septembre 2009 modifiant l'arrêté n° 2005-343/GNC du 17 février 2005 portant organisation de la commission consultative des pratiques commerciales](#).

⁵ Voir l'[arrêté n° 2012-3131/GNC du 18 septembre 2012](#) portant désignation des membres de la commission consultative des pratiques commerciales.

⁶ Voir le site de la CEPC : <https://www.economie.gouv.fr/cepc/avis>

Recommandation n° 1 : en complément de l'article 9,

– à titre principal, réformer la composition actuelle de la commission consultative des pratiques commerciales afin d'éviter toute interférence de nature politique, lui donner les moyens de remplir ses missions légales et l'autoriser à désigner comme rapporteurs extérieurs des experts en matière de pratiques commerciales restrictives (avocats, professeurs de droit...);

– à défaut, au premier alinéa de l'article Lp. 440-2 du code de commerce, supprimer la référence à cette commission et rédiger cet alinéa ainsi : « *Sous réserve du respect des dispositions des Titres II et IV, l'application des dispositions du présent Titre peut donner lieu à la conclusion d'accords interprofessionnels entre organisations ou syndicats professionnels, dont la représentativité est reconnue par la commission consultative des pratiques commerciales* ».

27. L'article 10 de l'avant-projet complète le premier alinéa de l'article Lp. 441-3 du code de commerce qui concerne la facturation des professionnels. En précisant que les factures peuvent être produites « *sur support papier ou dématérialisé* », le législateur calédonien adapte le droit à l'utilisation par les entreprises des nouvelles technologies, et, en particulier, la dématérialisation des process commerciaux.
28. Cette préoccupation a souvent été remontée à l'Autorité ~~de la concurrence~~ qui est particulièrement favorable au développement de la dématérialisation des factures et qui est à l'initiative de la réforme proposée par le gouvernement.
29. Dans le cadre de l'instruction du présent avis, la chambre des métiers et de l'artisanat (CMA) s'est déclarée « *favorable à cette évolution qui encourage les pratiques numériques tout en préservant le support traditionnel* »⁷ de même que la FINC qui estime que « *Cette disposition va dans le sens de l'évolution des pratiques des entreprises* »⁸.
30. La chambre de commerce et d'industrie « *prend acte de la modification proposée* » mais souligne que : « *les entreprises rencontrent toujours des difficultés face à certaines contradictions entre le code de commerce et le code des impôts. Il aurait ainsi été opportun de rectifier l'ensemble du cadre juridique de la facturation dématérialisée pour tenir compte, d'une part, des dernières réformes fiscales (par exemple, l'article Lp. 1033.2 du code des impôts fait encore référence à la TSS⁹) et, d'autre part, simplifier la lisibilité de leurs obligations en la matière. Par exemple : La signature (manuscrite ou électronique) des factures est-elle obligatoire ? Quelles sont les obligations des entreprises en matière de garanties d'authenticité*

⁷ Voir les observations écrites de la CMA sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 12 cote 70).

⁸ Voir les observations écrites de la FINC sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 13 cote 79).

⁹ Cet article 1033.2 du code des impôts en Nouvelle-Calédonie dispose en effet que : « *Pour l'application des dispositions de l'article Lp. 1033.1, les factures émises en application des dispositions de l'article Lp. 919 H par les assujettis à la taxe de solidarité sur les services ou, en leur nom et pour leur compte, par leur client ou par un tiers, ainsi que toutes les factures qu'ils ont reçues, doivent être stockées sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, lorsque ce stockage n'est pas effectué par voie électronique garantissant un accès immédiat, complet et en ligne aux données concernées. Les assujettis mentionnés à l'article Lp. 919 H ne peuvent stocker les factures transmises par voie électronique dans un pays non lié à la Nouvelle-Calédonie par une convention prévoyant une assistance mutuelle ainsi qu'un droit d'accès en ligne immédiat, le téléchargement et l'utilisation de l'ensemble des données concernées. Les assujettis mentionnés à l'article Lp. 919 H sont tenus de déclarer, en même temps que leur déclaration de résultats ou de bénéfices, le lieu de stockage de leurs factures ainsi que toute modification de ce lieu lorsque celui-ci est situé hors de Nouvelle-Calédonie. Tout assujetti stockant ses factures par voie électronique sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie s'assure que la direction des services fiscaux a, à des fins de contrôle, un accès en ligne permettant le téléchargement et l'utilisation des données stockées. Un arrêté du gouvernement détermine et fixe les conditions et modalités d'application du présent article.* »

de l'origine et d'intégrité du contenu des factures pour répondre notamment aux exigences d'un contrôle fiscal ? »¹⁰.

31. L'Autorité constate que le formalisme des factures prévu par l'article Lp. 441-3 du code de commerce est suffisamment clair pour ne pas remettre en cause la sécurité juridique des entreprises au regard de leurs obligations de transparence en cas de facture par voie dématérialisée : en particulier, cet article n'impose aucune signature (ni manuscrite, ni électronique) sur la facture.
32. **L'Autorité est donc favorable à la modification proposée à l'article 10 qui permettra aux entreprises calédoniennes d'envoyer des factures par voie dématérialisée et encourage néanmoins le gouvernement à mettre en cohérence le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie et les dispositions du code de commerce si cela s'avère nécessaire pour garantir l'intégrité du contenu des factures dématérialisées des entreprises par exemple.**
33. La modification proposée à l'article 13 modifie la rédaction de l'article Lp. 444-1 en rectifiant le renvoi au I par un renvoi au II de ce même article pour permettre non seulement aux agents de l'Autorité visés au I mais également aux agents des services du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie habilités à constater certaines infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du livre IV du code de commerce en application de l'article Lp. 450-1, de saisir l'Autorité afin qu'elle puisse sanctionner ces manquements.
34. **L'article 14** de l'avant-projet clarifie d'ailleurs la rédaction de l'article Lp. 450-1 qui régit les pouvoirs d'enquête des agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie, en précisant que le II concerne « *les services compétents du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie* » (soulignement ajouté), par distinction avec le III relatif aux pouvoirs d'enquête des agents de l'Autorité.
35. L'Autorité considère donc que ces modifications sont pertinentes.
36. La modification prévue par l'article 16 de l'avant-projet vient combler un oubli à l'article Lp. 461-4 du code de commerce au sujet des investigations susceptibles d'être menées par l'Autorité. En effet, le deuxième alinéa du I mentionne les « *investigations nécessaires à l'application des titres II, III et IV du présent livre* », c'est-à-dire aux pratiques anticoncurrentielles, au contrôle des structures de marché et aux pratiques commerciales restrictives, mais omet de citer le titre VI relatif aux avis.
37. L'Autorité rappelle cependant que les avis qu'elle rend sont souvent le fruit d'un travail d'enquête approfondi, comme l'illustre par exemple son avis n° 2020-A-07 du 28 décembre 2020 relatif au mécanisme de la formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie. Il importe donc que les investigations conduites par l'Autorité dans le cadre de ses avis bénéficient d'une base légale claire, principalement pour garantir aux entreprises sollicitées le cadre juridique des données communiquées. L'Autorité est donc favorable à la modification envisagée.
38. Enfin, l'Autorité approuve également l'article 18 de l'avant-projet qui harmonise l'article Lp. 464-2, relatif aux sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par « *une entreprise ou un organisme* », en insérant au deuxième alinéa du V, la possibilité de sanctionner non seulement les « *entreprises* » mais également les « *organismes* » (associations, ordres professionnels, syndicats...) faisant obstruction à l'investigation ou à l'instruction des agents de l'Autorité dans le cadre d'une enquête.

¹⁰ Voir les observations écrites de la CCI sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 15 cotes 98-99).

B. Sur la clarification et la simplification des procédures

39. **Les articles 4 et 5** de l'avant-projet apportent des précisions mineures sur la procédure de notification préalable des opérations de concentration devant l'Autorité.
40. **L'article 4** modifie l'article Lp. 431-3 relatif à la notification des opérations de concentration en stipulant que le dossier est transmis au commissaire du gouvernement dès lors qu'il est déclaré complet et non plus « *dès réception du dossier* » à l'Autorité.
41. **L'Autorité est favorable à cette modification qui simplifie et renforce l'efficacité de la procédure** : la transmission du dossier serait donc limitée à un seul envoi et une fois la complétude accordée afin de permettre au commissaire du gouvernement de disposer de tous les éléments nécessaires à la formulation d'éventuelles observations.
42. **L'article 5** corrige l'article Lp. 431-7 relatif à l'examen approfondi des opérations de concentration en supprimant, au 5^{ème} alinéa du III, c'est-à-dire au moment de la transmission du projet de décision de l'Autorité aux parties concernées, la référence à « *un rapport* » du service d'instruction.
43. **L'Autorité constate que cette nouvelle rédaction permet de clarifier la procédure actuelle** puisque le projet de décision transmis aux parties n'est jamais fondé sur un nouveau rapport du service d'instruction mais sur l'ensemble des documents écrits transmis au cours de l'instruction et sur les observations orales éventuellement formulées en séance par les parties. La modification proposée évite donc toute confusion pour les parties sur l'existence présumée d'un second rapport.
44. **Les 3° et 4° de l'article 6 de l'avant-projet de loi du pays précisent, de manière plus substantielle, la procédure applicable en cas de non-respect des obligations liées au contrôle des opérations de concentration** et raccourcissent de 110 à 70 jours le délai dans lequel l'Autorité doit rendre sa décision.
45. L'Autorité rappelle que l'article Lp. 431-8 du code de commerce sanctionne actuellement les infractions liées à :
- un défaut de notification d'une opération de concentration (I) ;
 - la réalisation d'une opération de concentration avant que l'Autorité ait rendu sa décision (II) ;
 - l'omission ou la déclaration inexacte dans une notification d'une opération de concentration (III) ;
 - l'inexécution, dans le délai fixé, d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement figurant dans une décision relative à une opération de concentration (IV) ;
 - la réalisation d'une opération de concentration en contravention avec les décisions prises par l'Autorité de la concurrence (V).
46. Il est prévu au 6^e alinéa du IV, que « *La procédure applicable est celle prévue au premier alinéa de l'article Lp. 463-2 et aux articles Lp. 463-4, Lp. 463-6 et Lp. 463-7. Les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de 15 jours ouvrés* ».

47. La modification apportée par le **3° de l'article 6** vise à expliciter la procédure applicable aux infractions mentionnées au I, II, III et IV. Il précise ainsi que : « *un rapport constatant les infractions mentionnées au I, II, III et IV est notifié aux parties et au commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Il s'accompagne des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés. La procédure applicable est celle prévue aux articles Lp. 463-4, Lp. 463-6 et Lp. 463-7. Les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peuvent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de 15 jours ouvrés* ».
48. Cette modification précise donc la manière dont le service d'instruction de l'Autorité doit motiver et documenter les infractions éventuellement relevées à l'encontre des entreprises. Sur le plan procédural, le nouvel article maintient le renvoi aux articles Lp. 463-4 (procédure de secret des affaires), Lp. 463-6 (secret de l'instruction et secret professionnel des membres du collège) et Lp. 463-7 (organisation des séances de l'Autorité). Il remplace enfin l'obligation de produire des observations par les parties ou par le commissaire du gouvernement par la faculté de produire des observations (« doivent » est remplacé par « peuvent »).
49. Le **4° de l'article 6** vise, quant à lui, à **raccourcir sensiblement le délai dans lequel l'Autorité doit rendre sa décision qui passe de 110 à 70 jours et précise le point de départ de ce délai, à savoir la date de réception des observations des parties.**
50. **L'Autorité considère que les modifications proposées sont pertinentes et que la réduction du délai pour rendre sa décision est de nature à accélérer la procédure au bénéfice des entreprises concernées.** Elle observe néanmoins que l'infraction visée au V de l'article Lp. 431-8 – non-respect d'une décision de l'Autorité, comme par exemple la réalisation d'une concentration malgré une décision d'interdiction de l'Autorité – n'est pas visée par la modification procédurale prévue au 3° de l'article 6 alors qu'il devrait l'être par cohérence et sécurité juridique pour les entreprises. Aussi, conviendrait-il de **compléter le 3° de l'article 6 pour viser l'infraction mentionnée au V et, sur le plan légistique, de placer cette disposition dans un VI de l'article Lp. 431-8 du code de commerce afin que la même procédure s'applique à toutes les infractions visées par cet article.**

Recommandation n° 2 : à l'article 6, étendre les garanties procédurales proposées à la procédure d'infraction diligentée contre une entreprise ne respectant pas une décision de l'Autorité en application du V de l'article Lp. 431-8 du code de commerce.

En conséquence, rédiger ainsi les 3° et 4° de l'article 6 de l'avant-projet de loi du pays :

« 3° Les 6^e et 7^e alinéa du IV de l'article Lp. 431-8 sont supprimés.

« 4° L'article Lp. 431-8 est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

“ VI. – Un rapport constatant les infractions mentionnées aux I, II, III, IV et V est notifié aux parties et au commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Il s'accompagne des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés. La procédure applicable est celle prévue aux articles Lp. 463-4, Lp. 463-6 et Lp. 463-7. Les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peuvent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de 15 jours ouvrés.

L'autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-dix jours ouvrés à compter de la réception des observations des parties” . »

51. **L'article 8** de l'avant-projet de loi du pays duplique la même procédure en cas d'infractions liées à des opérations de création, d'extension de surfaces commerciales ou de changement d'enseigne ou de secteurs d'activité visées à l'article Lp. 432-5 du code de commerce et raccourcit également de 110 à 70 jours le délai dans lequel l'Autorité doit rendre sa décision à compter de la réception des observations des parties. L'Autorité est donc favorable à ces modifications.
52. L'Autorité souligne que ces modifications d'ordre purement procédural ont été approuvées ou n'ont fait l'objet d'aucune remarque particulière de la part de l'ensemble des opérateurs interrogés dans le cadre de l'instruction, à l'exception de la Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie qui se déclare défavorable aux articles 5, 6 et 8 car elle y voit des « *mesure[s] donnant des pouvoirs supplémentaires à cette autorité* » qui « *se base sur un modèle de l'ultra concurrence calqué sur le modèle métropolitain non adapté au territoire et dont on peut constater actuellement l'échec (...)* »¹¹.
53. L'Autorité ne peut que s'étonner des observations de la FINC dans la mesure où non seulement les modifications proposées aux articles 5, 6 et 8 ne lui confèrent aucun pouvoir supplémentaire mais visent exclusivement à renforcer la sécurité juridique des entreprises calédoniennes qui seraient poursuivies devant l'Autorité en cas d'infractions aux règles relatives au contrôle des opérations de concentrations et de commerce de détail. Les modifications proposées s'écartent ainsi des dispositions nationales relatives aux procédures devant l'Autorité métropolitaine de la concurrence sur lesquelles le droit de la concurrence calédonien avait été calqué en 2014, pour améliorer l'intelligibilité de la loi et raccourcir les délais de procédure au bénéfice des entreprises calédoniennes.
54. **L'article 15** de l'avant-projet de loi du pays a trait à la formation de jugement de l'Autorité. Le dernier alinéa de l'article Lp. 461-3, qui liste les décisions pour lesquelles le président ou le vice-président de l'Autorité peut statuer seul « *sous réserve que le sens de la décision soit en accord avec la proposition du service d'instruction* », serait complété par l'article Lp. 431-4. Cela signifie que le président ou le vice-président de l'Autorité, dès lors que sa décision est concordante avec les conclusions du service d'instruction, pourrait désormais statuer seul en matière de dérogation d'autorisation pour les opérations de concentration, comme il est déjà possible de le faire pour les autorisations de concentration (Lp. 431-5), d'équipement commercial (Lp. 432-3) et les décisions de mesures conservatoires (Lp. 464-1).
55. L'Autorité rappelle que l'octroi d'une dérogation à l'obligation d'attendre la décision de l'Autorité pour réaliser de manière anticipée une opération de concentration notifiée est exceptionnelle.
56. L'Autorité n'a accordé qu'une seule dérogation à la réalisation d'une opération de concentration anticipée depuis sa création en 2018, dans le cadre du rachat de la société Sogesti par le groupe Courte & Fils¹². De même, entre 2014 et 2018, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'a accordé qu'une seule dérogation¹³. Dans les deux cas, la dérogation a été accordée en raison des difficultés sérieuses sur le plan financier susceptibles de la placer en cessation de paiements à très brève échéance avec pour conséquence, à terme, le risque de sa disparition et une réduction de la concurrence sur ce secteur d'activité.

¹¹ Voir les observations de la FINC sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 13 cotes 73-74).

¹² Voir la décision n° 2019-DCC-07 (rectifiée) du 27 novembre 2019 relative à une demande de dérogation au titre de l'alinéa 2 de l'article Lp. 431-4 du code de commerce formulée par la SARL Sogesti.

¹³ Voir l'arrêté n° 2017-2327/GNC du 28 novembre 2017 relatif à la prise de contrôle de la SARL Le Grand Large par la société Socalait SA.

57. En métropole comme en Europe, les dérogations accordées visent souvent à permettre à l'entreprise acquéreuse de formuler une offre de reprise inconditionnelle, parfois exigée par le tribunal de commerce pour que leur offre soit recevable. Les autorités de concurrence françaises et européennes ont également accordé une dérogation, à titre exceptionnel, lorsqu'il avait été démontré que le retard dans la réalisation de l'opération de concentration concernée risquait d'avoir des effets spécifiques et particulièrement dommageables, allant au-delà des seules conséquences habituelles du délai de traitement d'une notification d'opération et affectant également des tiers, en ce que le retard dans la réalisation de l'opération entraînerait des incertitudes et retards pour les clients, les fournisseurs et partenaires de la cible pour l'opération de concentration¹⁴. D'autres circonstances exceptionnelles comme le risque de disparition imminente de l'entreprise-cible, l'ouverture d'une procédure collective, la nécessité pour l'acquéreur d'apporter des garanties ou d'obtenir des financements pour assurer la survie de la cible, etc. peuvent également justifier l'octroi de cette dérogation¹⁵.
58. En tout état de cause, l'octroi d'une dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations ne préjuge en rien du sens de la décision finale qui sera prise à l'issue de l'instruction. Il s'agit d'une mesure d'urgence afin d'assurer la pérennité de l'entreprise-cible, en attendant la décision finale. Comme l'a rappelé l'Autorité dans sa décision précitée relative au rachat de la société Sogesti, il lui est toujours possible, dans sa décision finale, d'imposer des mesures correctives, voire même d'interdire l'opération si celle-ci porte atteinte à la concurrence. Les parties doivent donc veiller, pendant la période précédant la décision finale, à s'abstenir de prendre des actes ou de mettre en œuvre des mesures qui seraient de nature à modifier la structure de l'opération comme, par exemple, procéder à des cessions d'actifs appartenant à la cible ou mettre en œuvre opérationnellement leur fusion de manière irréversible.
59. Le fait de pouvoir accorder une dérogation par décision du président ou du vice-président seul permet donc d'accélérer la prise de cette décision qui n'est que provisoire et ne préjuge en rien la décision définitive de l'Autorité sur l'opération de concentration notifiée.
60. Il en résulte que, contrairement aux observations de la FINC¹⁶, la modification proposée vise simplement à accélérer la prise d'une décision de dérogation nécessairement favorable à l'entreprise qui la sollicite.
61. Il convient en effet de rappeler qu'actuellement, le président ou le vice-président de l'Autorité peut déjà refuser l'octroi d'une telle demande de dérogation sans autre formalisme qu'un éventuel courrier. Ce n'est que dans l'hypothèse où la dérogation est accordée qu'une décision de l'Autorité s'impose en application de l'article Lp. 431-4 du code de commerce : *« En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci. Le cas échéant, l'autorité de la concurrence accorde cette dérogation par décision motivée. L'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions »*.
62. **L'Autorité est donc favorable à la modification proposée par l'article 15** de l'avant-projet de loi du pays.

¹⁴ Voir la décision de la Commission européenne du 11 avril 2006 sur l'affaire No COMP/M.4151 – Orica/ Dyno et la décision de l'Autorité métropolitaine de la concurrence n° 12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel et l'article du 20 octobre 2017.

¹⁵ Voir les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence métropolitaine en matière de concentration.

¹⁶ Voir les observations de la FINC sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 13 cote 81).

63. **L'article 17** supprime le dernier alinéa de l'article Lp. 463-7, relatif au délibéré de l'Autorité. Cet alinéa prévoit que « *le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix délibérative, sauf lorsque l'autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article Lp. 462-5* ».
64. Selon l'exposé des motifs, l'article 17 consiste à prévoir que, même en matière consultative, l'avis soit adopté par les membres du collège après en avoir délibéré hors la présence du service d'instruction, conformément à la pratique actuelle, et à l'instar de ce qui est prévu en matière contentieuse (saisines en application de l'article Lp. 462-5).
65. L'Autorité observe néanmoins que la rédaction de l'article 17 semble traduire une erreur involontaire car elle ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi : en effet, la suppression du quatrième alinéa de l'article Lp. 463-7 pourrait laisser planer le doute d'un éventuel non-respect du principe fondamental de séparation des fonctions d'instruction et de jugement dans le cadre de la mission répressive de l'Autorité¹⁷, ce qui n'est évidemment pas le cas.
66. **L'Autorité recommande donc vivement au gouvernement de ne pas supprimer le quatrième alinéa de l'article Lp. 463-7 mais d'en simplifier la rédaction** ainsi : « Aucun agent du service d'instruction n'assiste au délibéré. ».

Recommandation n° 3 : ne pas supprimer le dernier alinéa de l'article Lp. 463-7 du code de commerce garantissant le respect de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement devant l'Autorité mais simplifier sa rédaction afin qu'il s'applique à toutes les procédures engagées devant l'Autorité en rédigeant l'article 17 ainsi :

« *Le dernier alinéa de l'article Lp. 463-7 est remplacé par l'alinéa suivant : "Aucun agent du service d'instruction n'assiste au délibéré."* ».

67. **L'article 19** vient modifier le I de l'article Lp. 465-1 du code de commerce, concernant la publication des sanctions prononcées par l'Autorité. L'avant-projet propose en effet d'ajouter deux références parmi les décisions publiées sur le site Internet de l'Autorité : les décisions accordant une dérogation à la réalisation des opérations de concentration avant la décision finale de l'Autorité (Lp. 431-4) et les décisions d'injonctions en cas de pratiques commerciales restrictives (Lp. 444-1).
68. L'Autorité salue l'introduction de cette disposition car la publication de ses décisions sur son site Internet participe à un effort de transparence mais aussi de pédagogie de la concurrence à l'égard des entreprises et de l'ensemble des calédoniens. Elle offre également la possibilité à un tiers d'exercer éventuellement un recours contre la décision de l'Autorité s'il a intérêt à agir.
69. **L'ensemble des ces éléments conduit l'Autorité à rendre un avis favorable sur les modifications du livre IV du code de commerce tendant à clarifier et simplifier le droit en vigueur et les procédures devant l'Autorité, telles que proposées dans les articles 3 à 10 et 13 à 19 de l'avant-projet de loi du pays, sous réserve des trois recommandations ci-dessus.**

¹⁷ Dans un [arrêt du 5 octobre 1999](#) (pouvoirs n° 97-15.617 et autres), la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant prononcé des sanctions pécuniaires contre différentes entreprises de travaux publics convaincues d'avoir mis en œuvre des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 alors en vigueur, au motif que le rapporteur du Conseil de la concurrence, chargé d'instruire les faits dénoncés au Conseil, avait assisté au délibéré de celui-ci, en méconnaissance du principe de l'égalité des armes. Cette jurisprudence est systématiquement confirmée depuis.

II. L'introduction d'une sanction pécuniaire en cas de refus de vente entre professionnels est nécessaire et corrige un oubli

70. Actuellement l'article Lp. 442-1 du code de commerce interdit certains refus de vente entre professionnels de la manière suivante :

« I. – Est interdit le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou artisan, de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestation de services lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou la prestation de services n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique.

II. – L'infraction de refus de vente n'est pas constituée lorsque le refus repose sur l'existence au sein du contrat commercial de clauses d'exclusivité de vente au profit d'un ou plusieurs distributeurs. Ces contrats doivent respecter les conditions ci-après :

- les contractants doivent avoir limité réciproquement leur propre liberté commerciale ;*
- le contrat ne doit pas avoir pour objet ou pour effet, même indirect, de limiter la liberté du concessionnaire de fixer le prix de vente du produit et il doit tendre, au service rendu ;*
- le contrat d'exclusivité doit porter sur des produits requérant une haute technicité ou des marchandises de haute qualité.*

Cette disposition s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques. » (Soulignement ajouté).

71. **La pratique de refus de vente entre professionnels prohibée par le code de commerce n'était toutefois pas assortie de sanction jusqu'à présent.**

72. **L'article 12 propose donc de réparer cet oubli** et d'introduire après le premier alinéa de l'article Lp. 442-1 relatif au refus de vente entre professionnels, l'alinéa suivant :

« Le manquement à l'interdiction énoncée à l'alinéa précédent est passible d'une amende administrative de 8,5 millions F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F CFP pour une personne morale ».

73. L'Autorité précise que le refus de vente injustifié entre professionnels est une pratique économiquement dommageable qui peut conduire au verrouillage de certains marchés et au renchérissement du prix des biens, en particulier lorsqu'il s'agit de produits de grande consommation. La portée de telles pratiques sur un petit territoire insulaire comme la Nouvelle-Calédonie est d'autant plus importante que les prix sont d'ores et déjà naturellement plus élevés que sur un grand marché. Il est donc absolument nécessaire que le refus de vente entre professionnels qui ne pourrait être justifié par des circonstances objectives et qui masquerait une pratique commerciale restrictive, puisse être sanctionné.

74. Il ressort de la consultation réalisée par l'Autorité dans le cadre du présent avis que les organisations professionnelles et chambres consulaires ainsi que certaines entreprises ont des avis divergents quant à la pertinence de cette disposition.

75. Ainsi, le SIDNC, le MEDEF, la FINC et la CCI y sont défavorables¹⁸ et considèrent que l'article 11 entend répondre à la recommandation n° 14 de l'Autorité dans son Avis n° 2020-A-07 du

¹⁸ Voir les observations sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité par le SIDNC (annexe 9 cotes 58 à 60), le MEDEF (annexe 14, cote 87), la FINC (annexe 13 cote 78), et la CCI (annexe 15 cote 97).

28 décembre 2020 relatif au mécanisme de formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, visant à « *remédier au silence de l'article Lp. 442-1 du code de commerce en le complétant par l'introduction d'une sanction pécuniaire imputable au fournisseur local ou extérieur qui opposerait un refus de vente injustifié à un distributeur de bonne foi* »¹⁹.

76. Ils estiment que le principe de l'interdiction des refus de vente entre professionnels devrait être questionné car l'interdiction posée par l'article Lp. 442-1 du code de commerce n'a pas son équivalent en métropole où seuls les refus de vente à l'égard des consommateurs sont sanctionnés à hauteur de 1500 euros pour une personne physique et 7500 euros pour une personne morale ou les refus de vente entre professionnels lorsqu'ils reposent sur une entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante (la sanction dans ce cas peut aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires mondial du groupe auquel appartient l'entreprise auteure de telles pratiques anticoncurrentielles).
77. Le SIDNC précise que la recommandation de l'Autorité dans l'avis précité ne tient pas compte des coûts supplémentaires que générerait le fait pour un fournisseur d'être obligé de vendre directement ses produits auprès de la GMS plutôt que d'en réserver la distribution à des grossistes. Selon le SIDNC, « *ces coûts de traitement administratif (commande, facturation, avoirs), logistique (stockage, transport, mise en rayon, gestion des DLV, mise en avant) représenteraient des surcoûts supérieurs à la « marge réalisée par le grossiste » surtout si un distributeur en fait la demande. Et c'est bien pour cela que certains producteurs locaux passent par des grossistes tout comme les distributeurs qui privilégient les circuits intermédiés en raison de l'ensemble des services rendus par les importateurs grossistes (point 271 du même Avis). Ces circuits intermédiés en plus des services rendus permettent de mutualiser les coûts compte tenu du nombre de références et volumes vendus et d'offrir un nombre très important de points de vente aux fournisseurs* »²⁰.
78. Les organisations précitées ajoutent qu'en tout état de cause le niveau de la sanction proposée par l'article 11 est disproportionnée et peut avoir des conséquences importantes pour les grossistes et les producteurs locaux. En conséquence, ils proposent de retirer l'article 11 de l'avant-projet de loi du pays et de prendre le temps de l'analyse et de la réflexion et d'avoir une vue d'ensemble sur toutes les recommandations d'autant plus que le gouvernement souhaite les mettre en œuvre rapidement. Cet article s'il est maintenu pourrait être réintégré dans ce nouveau projet de texte²¹.
79. A l'inverse, la CPME-NC « *est favorable à la création d'une sanction administrative dissuasive pour refus de vente car ce délit constitue une entrave grave à la liberté d'entreprendre et à la concurrence* »²², tout comme la CMA, « *favorable à l'instauration de cette sanction, qui est de nature à décourager des pratiques anti-concurrentielles* »²³. Ces deux organisations font néanmoins valoir que le montant des sanctions envisagées leur « *paraît disproportionné* »²⁴ et devrait être « *fixé à un montant maximal de 1 000 000 F. CFP pour une personne physique et 5 000 000 F. CFP pour une personne morale, telle qu'elle est prévue pour les autres pratiques restrictive de concurrence (Lp. 442-2 et Lp. 442-5)* »²⁵.

¹⁹ Recommandation n°14 de l'avis précité, voir points 577 à 583.

²⁰ Voir les observations sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité par le SIDNC (annexe 9 cotes 58 à 60).

²¹ Voir les observations sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité par le SIDNC (annexe 9 cotes 58 à 60), le MEDEF (annexe 14, cote 87), la FINC (annexe 13 cote 78), et la CCI (annexe 15 cote 97).

²² Voir les observations de la CPME sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 11 cote 67)

²³ Voir les observations de la CMA sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 12 cotes 70-71)

²⁴ Voir les observations de la CPME sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 11 cote 67)

²⁵ Voir les observations de la CMA sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 12 cotes 70-71)

80. La CMA ajoute de façon très pertinente qu'il conviendrait « *d'ajouter la mention de l'article Lp. 442-1 au sein de l'article Lp. 442-9 pour éviter toute erreur matérielle dans la procédure et prévoir la répétition du manquement* ».
81. Le représentant du groupe de distribution Korail précise pour sa part que la sanction du refus de vente entre professionnels ne serait pas justifiée si le refus de vente porte sur une marque de distributeur (MDD) alors qu'elle peut l'être pour les marques de renom, nationales ou internationales : « *Il me semble qu'il faut bien différencier les MARQUES NATIONALES des MDD (Marque Distributeur). La MDD est associée à l'image d'un groupe et au concept d'un magasin il ne serait pas souhaitable que la marque distributeur puisse être achetée par des concurrents dans le but de nuire à notre image par un manque de valorisation du produit. Pour les marques nationales, voire internationales je partage l'idée que ces gammes doivent être accessibles à tous professionnels* »²⁶.
82. **L'Autorité ne peut tout d'abord que constater que, contrairement à certaines observations, l'article Lp. 442-1 du code de commerce n'interdit pas tout refus de vente entre professionnels mais uniquement le refus opposé à des « demandes [qui] ne présentent aucun caractère anormal, [qui] émanent de demandeurs de bonne foi [lorsque] la vente de produits ou la prestation de service n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique ».** Il en résulte que les entreprises éventuellement mises en cause sur ce fondement ont toujours la possibilité de faire valoir que leur refus de vente était justifié par des raisons objectives. A titre d'exemple, l'Autorité considère que le refus de vente de produits de marque de distributeurs opposé à un distributeur qui appartiendrait à un autre réseau de distribution concurrent n'apparaît pas injustifié, et ce d'autant plus s'il s'inscrit dans une stratégie de malveillance comme le craint le représentant du groupe Korail.
83. **De même, cet article précise que « le refus de vente n'est pas constitué lorsqu'il repose sur un contrat commercial de clause d'exclusivité de vente au profit d'un ou plusieurs distributeurs » de « produits requérant une haute technicité ou des marchandises de haute qualité ».** Il faut donc en déduire que la loi calédonienne préserve la possibilité pour certains fournisseurs de conclure un contrat de distribution exclusive au profit d'un ou plusieurs distributeurs, sous certaines conditions, la première étant que les produits à distribuer soient des produits requérant une haute technicité ou des marchandises de haute qualité. Évidemment, cela ne vaut pas pour la distribution de produits de grande consommation.
84. **L'Autorité considère donc qu'il est tout à fait pertinent d'assortir l'interdiction prévue à l'article Lp. 442-1 d'une sanction pécuniaire adaptée au préjudice que peut causer un refus de vente injustifié entre professionnels.**
85. **Néanmoins, l'Autorité reconnaît que la rédaction actuelle de l'article 11 devrait être améliorée car les montants indiqués sont élevés et ne peuvent être que des montants maximum,** la détermination de la sanction réelle devant être appréciée au cas par cas, au regard de la gravité de la pratique, du dommage à l'économie causé par cette pratique et tenir compte de la situation individuelle de l'entreprise auteure de cette pratique, conformément à la pratique décisionnelle de l'Autorité.
86. **S'agissant enfin du plafond maximal retenu, l'Autorité considère que pour être dissuasif et cohérent, celui-ci devrait être harmonisé sur celui applicable en cas de manquement aux règles de facturation visé au I de l'article Lp. 441-4, c'est-à-dire équivalent à**

²⁶ Voir les observations de Korail sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 10 cotes 63)

8,5 millions de francs pour une personne physique et 45 millions de francs pour une personne morale.

Recommandation n° 4 : préciser que le montant des sanctions prévu à l'article 11 en cas de refus de vente injustifié entre professionnels est un plafond maximal de 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et 45 millions de francs CFP pour une personne morale.

L'article 11 pourrait donc être ainsi rédigé : « Après l'alinéa 1^{er} de l'article Lp. 442-1, il est inséré l'alinéa suivant : *« Le manquement à l'interdiction énoncée à l'alinéa précédent est passible d'une amende administrative d'un montant ne pouvant excéder 8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F CFP pour une personne morale ».*

III. L'allongement des délais de paiement répond à une demande d'une partie du monde entrepreneurial mais apparaît excessif

87. Actuellement, les articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 du code de commerce encadrent le délai de paiement maximum entre professionnels de la façon suivante :

« Le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation.

Toutefois, pour les produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut fixer, par arrêté, des délais de paiement qui ne peuvent être supérieurs à 30 jours fin de mois.

Le gouvernement peut également approuver par arrêté, les délais de paiement ayant fait l'objet d'accord interprofessionnel par les acteurs économiques dans leurs relations commerciales. Une fois approuvés, ces délais s'appliquent à l'ensemble du secteur concerné ».

88. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'a adopté qu'un seul arrêté prévoyant un délai dérogatoire pour les produits de consommation courante obtenus, fabriqués ou transformés localement. Pour les produits frais, le délai de paiement maximum est de 10 jours après la quinzaine calendaire pour les entreprises de moins de 10 salariés ou après la fin du mois de livraison pour les autres tandis que pour les autres catégories de produits, le délai maximal est fixé à 14 jours après la fin du mois de livraison.

89. A la suite des assises des délais de paiement organisée par la CPME puis en collaboration avec la CCI en 2018 et 2019, l'Autorité a fixé parmi ses priorités de l'année 2020 la lutte contre le non-respect des délais de paiement légaux maximum, ce qui l'a conduite à infliger des sanctions à l'encontre de 5 grandes entreprises calédoniennes, qui se sont toutefois mises en conformité avec la réglementation en vigueur avant même l'issue de la procédure et ont bénéficié, à ce titre, d'une réduction du montant de la sanction encourue.

90. En réaction, une partie du monde entrepreneurial s'est mobilisée pour demander une modification législative afin d'allonger le délai de paiement maximal prévu par la loi et introduire une possibilité de modulation par voie contractuelle.

91. **L'article 12** de l'avant-projet répond à ces préoccupations et prévoit l'allongement du délai maximal de règlement à « *30 jours fin de mois* », fixe un nouveau point de départ de ce délai

« suivant la date d'émission de la facture » et introduit une possibilité de modulation des délais de paiement par voie contractuelle dans la limite de « 45 jours fin de mois suivant la date d'émission de la facture ».

A. Les éléments de contexte

92. Comme indiqué précédemment, l'Autorité a rendu cinq décisions de sanction en matière de non-respect des délais de paiement en 2020. Quatre des entreprises sanctionnées affichaient dans leurs conditions générales d'achat ou dans leur contrat des délais de paiement variés, tous supérieur au délai légal maximum prévu par l'article Lp. 443-2 du code de commerce :
- « 60 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture »²⁷ ;
 - « 45 jours calendaires à compter de la réception effective [de la facture] par le service comptabilité »²⁸ ;
 - « 30 jours calendaires fin de mois (...) à compter de l'approbation de la facture par le client »²⁹ ;
 - « 30 jours fin de mois à compter de la date de réception de la facture conforme »³⁰ ;
 - « 30 jours fin de mois à compter de la livraison de la marchandise »³¹.
93. En outre, les contrôles *in concreto* réalisés par l'Autorité ont démontré que ces délais prévus par les CGA ou les contrats des dites entreprises n'étaient pas toujours respectés bien que déjà supérieurs au délai légal maximal.
94. Ces exemples démontrent que la loi calédonienne en matière de délais de paiement, n'est pas respectée par des entreprises qui sont parmi les plus importantes du territoire. De plus, ils montrent que les délais de paiement illégalement prévus dans les CGA et les contrats ainsi que le point de départ de ce délai sont disparates.
95. Le non-respect des règles relatives aux délais de paiements en Nouvelle-Calédonie est confirmé par l'enquête réalisé par la CCI auprès de ses membres dans le cadre des assises des délais de paiements en 2019 : les délais clients des entreprises calédoniennes se situent à 40 jours en moyenne (38 jours en médiane) alors que la loi prévoit un délai maximal de 30 jours, ainsi, 80% des paiements seraient supérieurs à cette limite légale. En cas de retard, les entreprises recourraient principalement à des relances à l'amiable plutôt qu'à l'application des pénalités ou la saisine de l'Autorité de la concurrence. Les délais fournisseurs ressortent à 42 jours en moyenne (45 jours en médiane). Seules 38% des sondées paieraient leurs fournisseurs dans les 30 jours³².
96. Dans le cadre des débats contradictoires devant l'Autorité de la concurrence, les grandes entreprises mises en cause ont présenté des arguments homogènes. Elles estimaient que la réglementation calédonienne en vigueur était trop stricte et méconnaissait la réalité des grandes entreprises, allant jusqu'à invoquer une atteinte à leur « *liberté fondamentale à valeur*

²⁷ Voir décision n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020, Dumez GTM.

²⁸ Voir décision n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020, Vale NC.

²⁹ Voir décision n° 2020-PCR-04 du 18 décembre 2020, SLN-Le Nickel.

³⁰ Voir décision n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020, KNS.

³¹ Voir décision n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020, SSP.

³² Voir la [synthèse présentée par l'IEOM](#) sur son site internet.

constitutionnelle » de contracter³³, et valorisaient *a contrario* le cadre métropolitain autorisant davantage de souplesse³⁴.

97. Pour ces raisons, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a été interpellé par certaines grandes entreprises et organisations professionnelles, notamment le Syndicat des Industries et de la Mine de la Nouvelle-Calédonie (SIM) qui, jugeant le délai le règlement entre professionnels « *inatteignable et dangereux* », sollicitait « *un assouplissement législatif destiné non pas à généraliser l'augmentation des délais de paiement, mais, comme en Métropole, à permettre à l'entreprise de pouvoir négocier et aménager les délais avec ses fournisseurs de bien ou de services* »³⁵.

B. Le dispositif proposé

98. **L'article 12** de l'avant-projet propose trois modifications essentielles de l'article Lp. 443-2 du code de commerce relatif aux délais de paiement entre professionnels. Il s'agit tout d'abord d'un allongement du délai maximal de règlement, de la fixation d'un nouveau point de départ de ce délai (1) et de l'introduction ensuite d'une possibilité de modulation des délais de paiement par voie contractuelle (2).

1. L'allongement du délai maximal de règlement

99. Le premier alinéa de l'article Lp. 443-2 du code de commerce dispose dans sa version en vigueur que :

« *Le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation* ».

100. L'avant-projet de loi du pays prévoit de faire évoluer ce délai à « *trente jour fin de mois suivant la date d'émission de la facture des marchandises ou de la prestation demandée* ».

a) Sur la modification du point de départ du délai de paiement légal

101. **L'Autorité constate en premier lieu que l'évolution envisagée quant au point de départ du délai a le mérite de la clarification** puisque la date d'émission de la facture est plus facilement vérifiable que la date de réception ou d'exécution. En effet, une même commande de marchandise ou de prestation peut être livrée au client en plusieurs fois, à des moments distincts. La date d'émission de la facture par le fournisseur constitue donc un point de départ plus facilement identifiable.
102. De plus, la référence à la date d'émission de la facture est **de nature à mieux établir la responsabilité de chacune des parties** : il appartient au fournisseur d'établir une facture (sans laquelle le vendeur ne peut pas autoriser le règlement) et ainsi de commencer à faire courir le délai de règlement ; tandis qu'il revient à l'acheteur de réclamer la facture et de la régler avec diligence dans le délai légal maximal.
103. Toutefois, l'Autorité rappelle que **cette nouvelle rédaction ne change pas le point de départ théorique du délai du paiement**. Selon l'article Lp. 441-3 du code de commerce – non modifié par l'avant-projet de loi du pays –, « *le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la*

³³ Voir décision n° 2020-PCR-03 précitée, points 29 et 30.

³⁴ Selon la société KNS, par exemple, « *la réglementation actuelle va à l'encontre des usages commerciaux établis* (...) *tandis que le texte métropolitain est adapté et flexible : il correspond à notre réalité opérationnelle sur le terrain* ». Voir décision n° 2020-PCR-03 précitée, point 31.

³⁵ Voir décision n° 2020-PCR-04 précitée, points 24 et 25.

réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer ». Le non-respect de ces obligations est passible d'une amende de 5 millions de francs pour les personnes physiques et de 45 millions de francs pour les personnes morales.

104. **L'Autorité constate que l'avant-projet de loi du pays ne modifie pas l'article Lp. 441-3 de sorte que la date d'émission de la facture doit toujours correspondre à la date de réalisation de la vente ou de la prestation.**
105. **Toutefois, la modification du point de départ du délai de paiement interentreprises est de nature à clarifier les obligations des entreprises et à responsabiliser les vendeurs pour émettre la facture au plus vite. Elle facilite également le contrôle du respect des délais de paiement par l'Autorité** car il est parfois difficile de connaître précisément la date de réalisation des prestations de services notamment.
106. Les assises des délais de paiement en 2018 et 2019 ont montré, en effet, que l'une des difficultés liées au délai de paiement légal de 30 jours suivant la livraison du bien ou la réalisation de la prestation, tient au fait que le fournisseur émet parfois tardivement sa facture malgré l'obligation posée par l'alinéa 2 de l'article Lp. 441-3, plaçant l'acheteur en situation d'incertitude et de risque de sanction même s'il paie dans les trente jours suivant l'émission d'une facture émise postérieurement à la réalisation de la prestation ou la livraison du bien. Selon les déclarations des cinq entreprises poursuivies devant l'Autorité, ce sont souvent près de 30 % des factures qui sont émises tardivement en contravention de l'alinéa 2 de l'article Lp. 441-3 malgré les relances des acheteurs.
107. **L'Autorité considère donc que la clarification du point de départ du délai de paiement à compter de l'émission de la facture est bienvenue.**
108. **Elle met néanmoins en garde le gouvernement et le Congrès sur le fait que cette modification du point de départ des délais de paiement va nécessairement rallonger les délais réels de règlement chaque fois que les factures seront émises postérieurement à la livraison du bien ou à la réalisation de la prestation.**

b) Sur l'allongement du délai de paiement légal maximum à 30 jours « fin de mois »

109. **L'introduction d'un délai maximal de « trente jours fin de mois » est susceptible de porter le délai de règlement à 60 jours maximum, suivant la date d'émission de la facture, laquelle doit toujours être délivrée dès la réalisation de la vente ou de la prestation de service. Le délai maximum légal est donc susceptible d'être deux fois plus long que le délai actuellement en vigueur.**
110. Concrètement, une facture émise le 1^{er} février doit être réglée au plus tard à la fin du mois qui correspond à la facturation + 30 jours, soit le 30 mars tandis qu'une facture émise le 27 février devra elle aussi être réglée au plus tard le 30 mars.
111. Sollicitées par l'Autorité sur les effets induits par l'allongement du délai de paiement, **les organisations professionnelles, entreprises et chambres consulaires ont émis des avis divergents.**
112. Le Syndicat des importateurs et distributeurs de Nouvelle-Calédonie (SIDNC) et le MEDEF-NC expliquent notamment que les modifications proposées répondent à l'une de leur demande

et permettrait « *de se conformer aux usages des entreprises calédoniennes* »³⁶. Selon le SIDNC, « *les entreprises qui livrent journalièrement des clients ne peuvent émettre des factures à chaque livraison ; cela représente un travail administratif et comptable trop fastidieux et important notamment sur la gestion des retours et des avoirs.* »³⁷.

113. Cette analyse est confortée par les observations de certains distributeurs-importateurs. A cet égard, le représentant du groupe Super U se déclare favorable à l'introduction d'un délai maximal de « *trente jours fin de mois* » en soulignant que : « *les délais de paiement à 30 jours fin de mois [vis-à-vis de nos fournisseurs] nous permettraient : - De faciliter le fonctionnement de notre service comptabilité : Nous avons jusqu'à 10 livraisons par jour et par magasin, pouvoir payer à 30 jours fin de mois facilite donc la gestion (pour nous et nos fournisseurs), - L'allègement sur la trésorerie permettra d'orienter celle-ci vers l'importation en direct de marchandise et contribuer ainsi à de meilleurs prix pour le consommateur, - Lorsque nous importons de la marchandise d'Europe ou d'Asie, nous devons payer les fournisseurs lorsque la marchandise sort de l'usine ou lorsque celle-ci est encore en mer, ce qui nous coûte beaucoup de trésorerie* »³⁸.
114. Le représentant de la société SN-Import et du supermarché Korail- Pont des Français partage ce point de vue car il faut, selon lui, prendre en compte « *la logistique, nous faisons des full containers pour les îles ou pour la Province Nord et donc de grosses commandes qui seront en moyenne vendues pour l'alimentaire sous 40 jours et pour le DPH (produits d'entretien) sous 60 jours. De plus le fait de consolider des containers ou des camions de livraison réduisent le coût logistique du fournisseur et dans la logique on doit avoir des prix plus bas. Nous avons un encombrement tous les matins de livreurs qui pourrait s'accroître avec des livraisons plus fréquentes par manque de trésorerie. Pour qu'une société de distribution soit opérationnelle elle doit avoir en stock un mois de CA minimum, les contractions de marge dans la distribution alimentaire ne permettent pas d'avoir de trésorerie substantielle. De plus le commerce est basé sur l'anticipation et parfois on n'arrive pas à écouler les volumes projetés. Il me semble que les petites et moyennes surfaces n'ont pas de capacité financière suffisante et pour avoir la garantie des banques en ces périodes il faut vraiment avoir un comportement professionnel en gestion très pointu. Il ne faut pas oublier que les petits commerces (moins de 10 employés) dans la distribution n'ont pas les ressources suffisantes pour suivre les normes imposées (...) il ne faudrait pas laisser la place aux grands groupes d'évoluer dans le marché calédonien et ne pas permettre aux jeunes entrepreneurs de se positionner* »³⁹.
115. D'autres organisations professionnelles ainsi que les chambres consulaires sont plus circonspectes et émettent des réserves ou interrogations sur les effets de l'allongement du délai de paiement maxima à 30 jours « fin de mois » sur la trésorerie des petites et moyennes entreprises qui constituent l'essentiel du tissu entrepreneurial calédonien. Certaines petites entreprises ont également pris l'initiative de contacter l'Autorité pour leur faire part de leur désaccord sur l'allongement des délais de paiement prévu par l'article 12.
116. La Confédération des PME Nouvelle-Calédonie (CPME) estime que la modification concernant le point de départ du délai de paiement « *semble judicieuse car le client ne peut être tenu responsable d'un retard de règlement dû à un manquement du fournisseur à présenter la facture*

³⁶ Voir les observations du SIDNC sur l'avant-projet de loi, transmises à l'Autorité (annexe 9, cotes 60-61).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Voir les observations du représentant du Groupe Super U sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 16 cote 101).

³⁹ Voir les observations du représentant de Korail Pont des Français sur l'avant-projet de loi transmises à l'Autorité (annexe 10 cote 63).

correspondante »⁴⁰. Concernant l’allongement du délai à 30 jours fin de mois, la CPME fait cependant valoir que « *Si l’instauration d’un délai maximum légal par défaut de 30 jours fin de mois correspond mieux aux pratiques actuelles des acteurs économiques, il nous paraît néanmoins économiquement indispensable de tout mettre en œuvre pour réduire encore et toujours les délais de règlement interentreprise* »⁴¹. Le risque de dérive conduit donc la CPME-NC à émettre un avis défavorable quant à l’allongement du délai de 30 jours à 30 jours fin de mois.

117. La CMA se montre également circonspecte sur ce point : « *La CMA s’interroge sur les raisons ayant motivé l’augmentation du délai de paiement, des dernières n’étant pas indiquées dans l’exposé des motifs* »⁴². En outre, cette modification lui fait anticiper une « *fragilisation de la trésorerie des entreprises artisanales (...) dans la mesure où 87% d’entre elles déclarent travailler avec « prise de commande » (source Enquête de conjoncture de l’artisanat 2020). D’après la même enquête, elles sont 37% en 2020 à déclarer avoir rencontré des difficultés de trésorerie et l’augmentation des délais de paiement est citée par 10% d’entre elles.* »⁴³.
118. La CCI se déclare pour sa part « *favorable sur le principe tout en s’interrogeant sur l’évaluation de l’impact sur la trésorerie des entreprises de l’allongement des délais de paiement* »⁴⁴.
119. La FINC propose pour sa part de limiter le délai maximum légal à « *45 jours suivant la date d’émission de la facture* », ce qui correspondrait globalement à la pratique des entreprises calédoniennes telle que constatée par la CCI lors de son enquête précitée et qui reste inférieur au délai maximal proposé par l’article 12 qui peut atteindre 60 jours.
120. Enfin, le MEDEF préconise pour sa part d’exonérer d’amende « *le contrevenant détenteur d’une ou plusieurs créances sur une collectivité ou établissement public non acquittée de plus de 60 jours, ou d’un délai plus court fixé par arrêté du gouvernement, dès lors que ce retard de paiement par la collectivité ou établissement public affecte significativement sa trésorerie* »⁴⁵.
121. L’Autorité rappelle pour sa part que l’allongement des délais de paiement interentreprises pèse nécessairement sur la trésorerie des fournisseurs car il crée un besoin de financement supplémentaire qui peut, le cas échéant, les mettre en difficulté par un recours à l’endettement. Ils peuvent également être à l’origine de défaillances pour les créanciers qui les subissent.
122. L’Autorité constate, à travers les décisions qu’elle a déjà rendues, que les grandes entreprises sont capables de modifier leurs pratiques pour respecter le délai actuel maximal de règlement en 30 jours, mais que certaines petites et moyennes entreprises ayant le statut d’acheteuses peuvent parfois se trouver en difficulté pour respecter le délai légal actuel. En outre, de très nombreuses entreprises ont souligné le fait que le règlement en « trente jours fin de mois » permettrait de rationaliser le paiement des factures à la fin du mois par les services de comptabilité.

⁴⁰ Voir les observations de la CPME sur l’avant-projet de loi transmises à l’Autorité (annexe 11 cotes 66-67).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Voir les observations de la CMA sur l’avant-projet de loi transmises à l’Autorité (annexe 12 cotes 70-71).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Voir les observations de la CCI sur l’avant-projet de loi transmises à l’Autorité (annexe 15 cote 98).

⁴⁵ Voir les observations du MEDEF sur l’avant-projet de loi transmises à l’Autorité (annexe 14 cote 90).

123. Pour autant, l'examen de la réalité des délais de paiement interentreprises en Nouvelle-Calédonie montre que les délais de paiement excèdent non seulement le délai légal de 30 jours mais dépassent bien souvent le délai de « 30 jours fin de mois » tel que proposé par l'article 12 de l'avant-projet de loi du pays.
124. **Compte tenu des spécificités de l'économie insulaire calédonienne, l'Autorité considère que la modification proposée par l'article 12 conduit à allonger de façon excessive le délai de paiement légal maximal (jusqu'à 60 jours suivant la date d'émission de la facture), sans aucune contrepartie ni garantie qu'il sera effectivement respecté.**
125. **L'allongement généralisé des délais de paiement comporte un risque d'atteinte à la trésorerie des petites et moyennes entreprises et devrait, s'il était voté, être davantage encadré et s'accompagner nécessairement d'une augmentation très sensible du montant maximal de la sanction encourue en cas de non-respect de ce nouveau délai pour pallier ce risque.**
126. **L'Autorité rappelle à ce titre que les règles encadrant les délais de paiement en métropole, si souvent citées en exemple par les entreprises calédoniennes, encadrent les délais de paiement entre professionnels de manière très détaillée et sanctionnent très lourdement les dépassements. Le délai de paiement légal maximal de droit commun prévu par l'article L. 441-10 du code de commerce métropolitain est le même qu'en Nouvelle-Calédonie actuellement. Il n'est possible d'y déroger par voie contractuelle que dans des conditions beaucoup plus strictes que celles proposées à l'article 12.**
127. Ainsi, contractuellement, le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours après la date d'émission de la facture, ou par dérogation, quarante-cinq jours fin de mois après la date d'émission de la facture sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier. En cas de facture périodique, le délai convenu entre les parties ne peut dépasser quarante-cinq jours après la date d'émission de la facture.
128. Enfin, le non-respect des délais de paiement est puni d'une amende maximale de 75 000 € pour une personne physique (environ 9 millions de F.CFP) et deux millions d'euros pour une personne morale (environ 240 millions F.CFP), là où l'article Lp. 443-3 du code commerce en Nouvelle-Calédonie sanctionne actuellement la même pratique d'une amende administrative maximale de 1 million F.CFP pour une personne physique et de 5 millions F.CFP pour une personne morale, soit un écart de 1 à 9 pour les personnes physiques et de 1 à 48 pour les personnes morales.
129. **L'Autorité souligne en outre que le montant maximal des sanctions prévues à l'article Lp. 443-3 du code de commerce est en décalage avec celui prévu pour d'autres pratiques commerciales restrictives.** A titre d'exemple, l'article Lp. 441-4 du même code prévoit que :
« I- 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 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 » (soulignements ajoutés).
130. Cet écart entre le montant des sanctions ne manque pas de surprendre et semble incohérent au regard de la gravité respective de ces pratiques. L'Autorité rappelle que le manquement aux

règles de facturation en métropole est sanctionné d'une amende administrative cinq fois moindre qu'en cas de non-respect des délais de paiement⁴⁶. En Nouvelle-Calédonie, le montant maximal de la sanction infligée à une entreprise en cas de manquement aux règles de facturation est neuf fois plus important qu'en cas de non-respect des délais de paiement.

131. L'Autorité recommande donc au gouvernement et au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, s'ils adoptent l'allongement du délai de paiement légal à trente jours « fin de mois », de fixer le montant maximal des sanctions encourues au titre de l'article Lp. 443-3 du code de commerce **à 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et à 45 millions de francs CFP pour une personne morale, à l'instar des sanctions encourues en cas de non-respect des règles de facturation prévues à l'article Lp. 441-4.**
132. L'Autorité considère en effet que **le respect des règles du code de commerce ne peut être assuré que si les sanctions encourues sont suffisamment dissuasives par rapport au gain résultant de la violation des règles fixées par le législateur.**
133. Etant chargée de déterminer le niveau des sanctions en cas de non-respect des règles relatives aux délais de paiement, elle précise que le niveau réel de la sanction effectivement imposée à l'entreprise qui ne respecterait pas la nouvelle réglementation sera, en pratique, proportionné à la gravité de l'infraction, au dommage à l'économie et devra également tenir compte de la situation individuelle de l'entreprise mise en cause. L'Autorité rappelle d'ailleurs que l'entreprise mise en cause a toujours la possibilité d'introduire un recours en appel pour obtenir l'annulation ou la réformation de sa décision si elle estime que ces critères ne seraient pas respectés.

2. L'introduction d'une modulation des délais de paiement par voie contractuelle

134. **L'article 12** de l'avant-projet prévoit également la possibilité de déroger au délai de 30 jours fin de mois par le biais de « *dispositions (...) figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties* ». Il est précisé dans un deuxième alinéa que : « *le délai convenu entre les parties ou figurant aux conditions de vente pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois suivant la date d'émission de la facture* ».
135. **Un délai maximal de règlement à 45 jours fin de mois négocié contractuellement peut se calculer de deux manières** : soit en ajoutant 45 jours à la fin du mois d'émission de la facture, soit en ajoutant 45 jours à la date d'émission puis en allant jusqu'à la fin du mois. Ces deux méthodes ne conduisent pas au même résultat : dans le premier cas, le délai de paiement maximal peut aller jusqu'à 75 jours (facture émise le 1^{er} mars, fin de mois = 30 mars + 45 jours = 15 mai) ; dans le deuxième cas, le délai de paiement maximal peut aller jusqu'à 60 jours (facture émise le 1^{er} mars + 45 jours = 15 avril + fin de mois = 30 avril).
136. En métropole, le ministère de l'économie et des finances précise que « *Le mode de computation du délai de 45 jours fin de mois n'est pas imposé par la loi ; les opérateurs ont ainsi la liberté de le calculer de deux manières : soit en ajoutant 45 jours à la fin du mois d'émission de la facture, soit en ajoutant 45 jours à la date d'émission puis en allant jusqu'à la fin du mois. Le*

⁴⁶ L'article 441-6 du code de commerce métropolitain prévoit que « *Tout manquement aux dispositions des articles L. 441-3 à L. 441-5 (relatifs à la facturation entre professionnels) est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale.* »

mode de calcul retenu doit toutefois être convenu au préalable entre les partenaires commerciaux afin d'éviter toute ambiguïté »⁴⁷.

137. Si l'Autorité est, par principe, favorable à la liberté contractuelle entre les parties, elle a pu constater que la **négociation est souvent difficile pour les PME vis-à-vis des grandes entreprises**. A titre d'exemple, elle a observé de façon incidente que certaines grandes entreprises sanctionnées pour non-respect des délais de paiement faisaient primer leurs conditions générales d'achat sur les conditions générales de vente de leurs fournisseurs, au mépris du VI de l'article Lp. 441-6 du code de commerce⁴⁸.
138. En outre, l'Autorité considère que la rédaction de l'article 12 manque de clarté sur le mode de computation des délais et conduit au mieux à une incohérence – puisque le délai légal maximal et le délai contractuel seraient le même si la deuxième méthode de calcul était retenue – au pire à ce que le délai négocié soit 2,5 fois plus long que le délai actuel et 1,5 fois plus long que le délai moyen réellement constaté en Nouvelle-Calédonie.
139. Les organisations professionnelles, chambres consulaires ou entreprises consultées par l'Autorité sur l'introduction d'une modulation contractuelle portant le délai de paiement entre professionnels à 45 jours fin de mois, se déclarent au mieux favorables à l'introduction d'une modulation contractuelle, mais s'interrogent sur les risques liés à l'allongement du délai à 45 jours « fin de mois » voire s'y opposent.
140. Ainsi, le SIDNC s'interroge dans son courrier du 15 janvier 2021 sur la pertinence de prévoir un délai « *'fin de mois' puisqu'en cas de facture récapitulative ou non, le délai ne pourra pas être supérieur à 45 jours* »⁴⁹.
141. La CPME-NC considère pour sa part que « *dans le cas de relations commerciales déséquilibrées, cette possibilité risque de générer des situations où les clients imposent à son fournisseur ce délais de 45 jours fin de mois, au détriment de la trésorerie du créancier-fournisseurs.* »⁵⁰ De façon générale, elle se déclare donc « *défavorabl(e) à la modification des délais de règlement légaux* »⁵¹.
142. La CMA considère que le changement envisagé doit la conduire à « *sensibiliser davantage ses ressortissants sur la nécessité de (...) rédiger des conditions générales de vente* »⁵².
143. La FINC se déclare « *défavorable au principe de renvoyer la négociation d'un délai de paiement aux négociations commerciales entre deux parties pour permettre de préserver les entreprises dont les relations commerciales sont déjà déséquilibrées. Cependant, la FINC reconnaît qu'introduire une certaine souplesse dans le dispositif permettrait également à certaines entreprises de mettre en conformité leurs pratiques* ». Elle propose en conséquence de supprimer le 2° de l'article 12, de fixer au 1° le délai de paiement légal à 45 jours suivant la date d'émission de la facture tout en maintenant les alinéas 2 et 3 de l'article Lp. 443-2 en vigueur qui permettent déjà au gouvernement de fixer, par arrêté, des délais de paiement qui ne peuvent être supérieurs à 30 jours fin de moi pour les produits de consommation courante fabriqués ou transformés localement et « *d'approuver, par arrêté, les délais de paiement ayant fait l'objet d'accord interprofessionnel par les acteurs économiques dans leurs relations*

⁴⁷ Voir le site internet <https://www.economie.gouv.fr/cedef/delais-de-paiement-entre-entreprises>.

⁴⁸ La décision de l'Autorité à leur encontre a été l'occasion pour elle de mettre leurs documents contractuels en conformité.

⁴⁹ Voir les observations du SIDNC sur l'avant-projet de loi, transmises à l'Autorité (annexe 9, cote 61).

⁵⁰ Voir les observations de la CPME sur l'avant-projet de loi, transmises à l'Autorité (annexe 11, cote 67).

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Voir les observations de la CMA sur l'avant-projet de loi, transmises à l'Autorité (annexe 12, cote 71).

commerciales. Une fois approuvés, ces délais s'appliquent à l'ensemble du secteur concerné »⁵³.

144. L'Autorité rappelle qu'**en Nouvelle-Calédonie, l'essentiel du tissu économique est fondé sur des petites entreprises ayant une assise financière faible et un pouvoir de négociation très limité par rapport aux grands donneurs d'ordre.** En conséquence, des délais de paiement anormalement longs vont de pair avec des tensions sur la trésorerie des PME et leur besoin de fonds de roulement, souvent couvert par un recours à l'endettement. **Des délais de paiement excessifs sont donc de potentiels facteurs 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. Un allongement généralisé des délais de paiement interentreprises soulève potentiellement un risque d'envergure macroéconomique** en renforçant le risque de crédit à court terme, susceptible de déstabiliser l'équilibre des entreprises et se propager rapidement à d'autres entreprises, causant un cercle vicieux de manque de liquidités, voire de faillite des plus fragiles.
145. En outre, **s'il est exact que le délai de paiement légal en vigueur en Nouvelle-Calédonie est difficilement respecté en pratique puisqu'en moyenne, les délais de paiement fournisseurs seraient d'environ 45 jours** selon l'estimation de la CCI-NC réalisée à la suite d'une enquête auprès de ses membres en novembre 2019, **le fait d'allonger le délai légal maximal à 60 jours à compter de la date d'émission de la facture voire à 75 jours, par voie contractuelle, va nécessairement conduire à dégrader la moyenne actuelle des délais de paiement des entreprises calédoniennes.**
146. Or, l'Autorité observe que **la principale difficulté rencontrée aujourd'hui par les entreprises calédoniennes est le fait qu'elles règlent leurs factures à la fin de chaque mois pour des raisons pratiques** (en cas de factures multiples) **et en raison de contraintes informatiques** (logiciels comptables), ce qui n'est pas toujours possible dans le cadre d'un délai de 30 jours à compter de la réalisation de la prestation ou de la livraison du bien.
147. **L'Autorité considère donc que si le gouvernement étend le délai légal maximal à 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, cette problématique sera résolue** en ce qu'il permet de procéder, d'un point de vue opérationnel, à un règlement des factures en fin de mois plutôt qu'au jour le jour sans craindre d'allonger de manière excessive le délai de paiement. En effet, ce délai de 45 jours correspond globalement à la moyenne pratiquée sur le territoire.
148. Ainsi, si la facture est émise le 5 février par le fournisseur, elle pourra être réglée par l'acheteur à la fin du mois de février avec l'ensemble des autres factures reçues en février si ce traitement comptable lui paraît plus simple.
149. **En revanche, l'Autorité alerte le gouvernement sur le fait que la négociation commerciale est déjà difficile en Nouvelle-Calédonie étant donné le déséquilibre des forces entre les grandes entreprises et les PME, ces dernières ayant donc, en pratique, peu de moyens pour s'opposer à des conditions générales d'achat de leurs grands donneurs d'ordre qui prévoiraient, par exemple, un délai de paiement à 45 jours fin de mois, soit jusqu'à 75 jours à compter de la délivrance de la facture contre 30 jours à compter de la livraison du bien ou la réalisation de la prestation aujourd'hui.**
150. En conséquence, **l'Autorité déconseille au gouvernement d'introduire la faculté de déroger à ce nouveau délai légal maximal, par voie contractuelle.**

⁵³ Voir les observations de la CMA sur l'avant-projet de loi, transmises à l'Autorité (annexe 13, cote 80).

151. Enfin, l’Autorité souligne que les entreprises conservent la possibilité de négocier des accords sectoriels dérogatoires, le cas échéant, approuvés par arrêté du gouvernement, de sorte que toute négociation n’est pas exclue par le droit en vigueur.
152. **Si le gouvernement persistait néanmoins dans cette voie, l’Autorité lui recommande vivement d’encadrer ce délai de paiement contractuel pour qu’il ne puisse excéder soixante jours suivant la date d’émission de la facture et qu’en cas de dépassement l’entreprise puisse être lourdement sanctionnée.**

Recommandation n° 5 : si le gouvernement maintient sa proposition d’allongement des délais de paiement légaux interentreprises malgré le risque de dégradation de la trésorerie des entreprises susceptibles d’en résulter, l’Autorité lui recommande :

- de prévoir un délai de paiement maximal à 45 jours suivant la date d’émission de la facture plutôt qu’un délai de 30 jours fin de mois ;
- de supprimer la possibilité d’introduire un délai plus long par voie contractuelle ;
- et d’augmenter, en contrepartie, le montant maximal des sanctions encourues de 1 à 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et de 5 à 45 millions de francs CFP pour une personne morale, à l’instar des sanctions pécuniaires prévues en cas de non-respect des règles de facturation (article Lp. 441-4 en vigueur).

Enfin, s’il maintient la possibilité de déroger contractuellement au nouveau délai légal maximal, qu’il précise que le délai négocié ne pourra en aucun cas dépasser 60 jours à compter de la date d’émission de la facture. Le non-respect de ce délai devra lui aussi être sanctionné par un plafond maximal de sanction dissuasif qui pourrait être de 8,5 millions F.CFP pour une personne physique et 45 millions F.CFP pour une personne morale.

IV. Rappel des 5 recommandations de l’Autorité

L’Autorité, qui rend le présent avis sur le titre I^{er} de l’avant-projet de loi du pays relatif aux modifications du livre IV du code de commerce, accueille favorablement l’ensemble des dispositions envisagées sous réserve des cinq recommandations suivantes, présentées dans l’ordre du texte, qui pourraient conduire le gouvernement à l’amender avant sa transmission au Congrès.

Recommandation n° 1 : en complément de l’article 9,

- **à titre principal**, réformer la composition actuelle de la commission consultative des pratiques commerciales afin d’éviter toute interférence de nature politique, lui donner les moyens de remplir ses missions légales et l’autoriser à désigner comme rapporteurs extérieurs des experts en matière de pratiques commerciales restrictives (avocats, professeurs de droit...) ;
- **à défaut**, au premier alinéa de l’article Lp. 440-2 du code de commerce, supprimer la référence à cette commission et rédiger cet alinéa ainsi : « *Sous réserve du respect des dispositions des Titres II et IV, l’application des dispositions du présent Titre peut donner lieu à la conclusion d’accords interprofessionnels entre organisations ou syndicats professionnels; dont la représentativité est reconnue par la commission consultative des pratiques commerciales* ».

Recommandation n° 2 : à l'article 6, étendre les garanties procédurales proposées à la procédure d'infraction diligentée contre une entreprise ne respectant pas une décision de l'Autorité en application du V de l'article Lp. 431-8 du code de commerce.

En conséquence, rédiger ainsi les 3° et 4° de l'article 6 de l'avant-projet de loi du pays :

« 3° Les 6^e et 7^e alinéa du IV de l'article Lp. 431-8 sont supprimés.

« 4° L'article Lp. 431-8 est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

“ VI. – Un rapport constatant les infractions mentionnées aux I, II, III, IV et V est notifié aux parties et au commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Il s'accompagne des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés. La procédure applicable est celle prévue aux articles Lp. 463-4, Lp. 463-6 et Lp. 463-7. Les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peuvent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de 15 jours ouvrés.

L'autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-dix jours ouvrés à compter de la réception des observations des parties”. »

Recommandation n° 3 : ne pas supprimer le dernier alinéa de l'article Lp. 463-7 du code de commerce garantissant le respect de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement devant l'Autorité mais simplifier sa rédaction afin qu'il s'applique à toutes les procédures engagées devant l'Autorité en rédigeant l'article 17 ainsi : « *Le dernier alinéa de l'article Lp. 463-7 est remplacé par l'alinéa suivant : “ Aucun agent du service d'instruction n'assiste au délibéré. ”.* »

Recommandation n° 4 : préciser que le montant des sanctions prévu à l'article 11 en cas de refus de vente injustifié entre professionnels est un plafond maximal de 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et 45 millions de francs CFP pour une personne morale. L'article 11 pourrait donc être ainsi rédigé : « Après l'alinéa 1^{er} de l'article Lp. 442-1, il est inséré l'alinéa suivant : « Le manquement à l'interdiction énoncée à l'alinéa précédent est passible d'une amende administrative d'un montant ne pouvant excéder 8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F CFP pour une personne morale ».

Recommandation n° 5 : si le gouvernement maintient sa proposition d'allongement des délais de paiement légaux interentreprises malgré le risque de dégradation de la trésorerie des entreprises susceptibles d'en résulter, l'Autorité lui recommande :

- de prévoir un délai de paiement maximal à 45 jours suivant la date d'émission de la facture plutôt qu'un délai de 30 jours fin de mois ;

- de supprimer la possibilité d'introduire un délai plus long par voie contractuelle ;

- et d'augmenter, en contrepartie, le montant maximal des sanctions encourues de 1 à 8,5 millions de francs CFP pour une personne physique et de 5 à 45 millions de francs CFP pour une personne morale, à l'instar des sanctions pécuniaires prévues en cas de non-respect des règles de facturation (article Lp. 441-4 en vigueur).

A titre subsidiaire, si le gouvernement maintient la possibilité de déroger contractuellement au nouveau délai légal ramené à 45 jours maximum, encadrer la possibilité de négocier par voie contractuelle le délai de paiement à 60 jours maximum à compter de la date d'émission de la facture. Le non-respect de ce délai négocié devra lui aussi être sanctionné par un plafond

maximal de sanction dissuasif qui pourrait être de 8,5 millions F.CFP pour une personne physique et 45 millions F.CFP pour une personne morale.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Lucie Glorieux, responsable du service juridique, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président et MM. Robin Simpson et Walid Chaiehloudj, membres.

La secrétaire de séance,



Marie-Christine Marzin

La Présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre