N°s 386768 et 386849
Société d'étude et de gestion commerciale (SGEC)
Fédération générale du commerce

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies
Séance du 23 mars 2015
Lecture du 1^{er} avril 2015

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Désireux de lutter contre les dysfonctionnements spécifiques de l'économie polynésienne, qui se traduisent par un niveau élevé du coût de la vie et une emprise démesurée des distributeurs sur les producteurs locaux, le législateur polynésien a entendu mettre en place un dispositif de régulation des pratiques concurrentielles et commerciales. Ce projet longuement mûri s'inspire notamment des mesures propres à l'outre-mer adoptées par le Parlement français dans la « loi Lurel »¹ puis par le Congrès de Nouvelle Calédonie dans sa « loi du pays » relative à la concurrence² et sa délibération portant réglementation économique³. Après plusieurs tentatives infructueuses, il s'est concrétisé, s'agissant de la réglementation des pratiques commerciales par la « loi du pays » n° 2014-31 LP/APF du 27 novembre 2014, que les deux requérants – un syndicat professionnel dénommé Fédération générale du commerce et une entreprise, la Société d'étude et de gestion commerciale, vous défèrent sur le fondement du II de l'article 176 de la loi organique⁴. Le volet « droit de la concurrence », prévu à l'origine pour être inséré dans le même texte, s'est finalement incarné dans la « loi du pays » n° 2014-15 LP/APF du 25 juin 2014 relative à la concurrence, que les deux mêmes requérants vous avaient déférée par deux recours rejetés le 19 décembre dernier (CE, *Fédération générale du commerce et a.*, n° 383318 383507, T. p.).

Bien que nombreux, les moyens de **légalité externe** ne vous retiendront pas.

S'agissant de la **forme du texte** à proprement parler, un **moyen un peu loufoque est tiré de ce que la « loi du pays » déférée porterait le même numéro qu'une autre loi** du pays déjà promulguée, relative à l'habitat social en Polynésie. Bien entendu, le numéro d'un texte est sans incidence sur sa légalité et si la circonstance décrite par la Fédération générale du commerce se vérifiait, la confusion fâcheuse qui en résulterait ne serait inopérante à vos yeux. Disons seulement pour rassurer les parties qu'il n'est rien en l'espèce car il est de tradition que les « lois du pays », lorsque l'expiration des voies de recours les transforme en

¹ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

² Loi du pays n° 2013-2 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

³ Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique, telle que modifiée par la délibération n° 63 du 2 juin 2010 et codifiée par la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 relative aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle Calédonie.

⁴ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

actes définitifs, changent de numéro : la coïncidence numérique n'est donc que provisoire et se résorbera mécaniquement une fois, le cas échéant, les deux recours rejetés.

S'agissant de la **procédure d'adoption** suivie, les requérants s'en prennent aux modalités de consultation du **conseil économique, social et culturel**, qui a émis un avis – négatif – sur le projet de texte le 3 octobre 2013. Nous doutons que cette consultation ait été obligatoire : si le II de l'article 151 de la loi organique prévoit la consultation du conseil sur les projets et propositions de « lois du pays » à caractère économique ou social, vous avez fait vôtre la conception restrictive développée par le conseil constitutionnel à propos de la Nouvelle Calédonie et conduisant à réserver la consultation de ce type d'instances aux seuls textes dont l'objet est de définir des objectifs économiques ou sociaux de moyen ou long terme (v. Cons. const. 3 avril 2003, n° 2003-468 DC et le commentaire le commentaire de cette décision par J-E. Schoettl à l'AJDA 2000, p. 252, qui montre qu'il y a lieu de s'inspirer de la jurisprudence relative au CESR de la République⁵ ; v., de votre côté, pour l'absence d'obligation de consultation concernant les "lois du pays" à caractère fiscal, CE, 15 mars 2006, *F... et autres*, n° 288390, p. 150, avec les conclusions de Célia Vérot⁶). Quoi qu'il en soit, la circonstance que le conseil ait été saisi d'un projet de texte unique qui a, par la suite, été scindé pour déboucher sur deux « lois du pays » distinctes n'est pas en elle-même de nature à vicier la consultation (v., pour un cas symétrique de fusion après deux consultations distinctes, CE, 26 décembre 2012, *Confédération syndicale A tia I Mua*, n° 351262 352196). Pour le reste, aucun amendement dépourvu de tout lien avec le texte soumis à la consultation n'a été postérieurement introduit (sur ce critère, v. *F... et autres* n° 288390 précitée) et quant aux modifications apportées au texte après la consultation du conseil et avant le dépôt du projet à l'assemblée – modification du quantum d'une sanction et de la nature d'une autre – elles sont, sans être négligeables, suffisamment marginales pour passer au tamis de la jurisprudence plutôt souple que vous avez développée (v., pour une modification des conditions d'application dans le temps d'un dispositif, CE, 14 novembre 2011, *Mme L... et autres*, n° 345340, T. p. 740 ; de son champ d'application territorial CE, 3 octobre 2003, *Groupement des agriculteurs biologistes et biodynamistes du Maine-et-Loire*, n° 253696, T. p. : pour la modification d'une condition d'ancienneté ouvrant le bénéfice d'un dispositif : CE, 17 juillet 2013, *V...*, n° 365320). Et l'avis du conseil, purement consultatif, n'avait pas à être suivi à peine d'irrégularité.

La **procédure devant l'assemblée de la Polynésie**, pour sa part, a été régulière : outre des moyens spéculatifs qui ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien fondé, les requérants se plaignent de l'insuffisance du rapport écrit prévu à l'article 142 de la loi organique, mais celui-ci n'était pas lacunaire au point d'être inexistant, et c'est tout ce qu'exige votre jurisprudence (CE, 12 mai 2014, *Fédération générale du commerce*, n° 370600, p.). L'exigence de délibération par article, posée par l'article 32 du règlement intérieur de l'assemblée dont vous contrôlez le respect (CE, 28 septembre 2007, *Syndicat CSTP-FO*, n°s 306515 306760, p. 409), a bien été respectée.

Passant à la **légalité interne**, vous serez conduits à trancher une petite question inédite, tenant à la portée de votre contrôle du choix fait par le législateur polynésien

⁵ Not. Conseil constitutionnel, décision n°86-207 DC du 25-26 juin 1986, Privatizations.

⁶ Même s'il existe des solutions non fichées d'apparence plus souple : par ex., CE, 26 décembre 2012, *Confédération syndicale A tia I Mua*, n° 351262 352196 ou encore CE, 13 février 2015, *Commune de Punaauia et autres*, n° 384302, T. p. mais sur un autre point.

d'adopter ou au contraire d'adapter, dans son champ de compétence, les règles applicables au territoire métropolitain. En l'espèce, les requérants soutiennent que la réglementation des pratiques commerciales, déjà critiquée pour être inutile voire nocive en métropole, ne devrait pas être transposée telle quelle pour le territoire polynésien, et n'argumentent leur contestation de l'opportunité de la mesure que par des comparaisons avec le système métropolitain.

Vous avez fait le choix, alors que c'est item n'est pas mentionné à l'article 176 de la loi organique qui liste les normes au regard desquelles le Conseil d'Etat contrôle la conformité des « lois du pays »⁷, de laisser une place au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dont est susceptible d'être entaché un tel texte (*F... et autres* n° 288390 précitée ; v., dans le même sens, pour le contrôle, et en l'occurrence la censure, d'un détournement de pouvoir, CE, 12 mai 2014, *Fédération générale du commerce* précitée). Le moyen d'erreur manifeste d'appréciation est donc, dans sa généralité, opérant. Pour autant, nous semble inopérante dans ce cadre l'invocation de toute comparaison avec la réglementation métropolitaine. Contrairement à ce qui prévaut pour les cas où le Gouvernement fait le choix, sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution, d'adapter une législation nationale à l'organisation particulière de la collectivité, la logique comparatiste nous semble radicalement inopérante dans le champ de compétence des autorités locales, dont la seule mission est de régir leur territoire. La circonstance alléguée que la « loi du pays » constitue un simple décalque de la législation métropolitaine ne saurait donc par elle-même caractériser une erreur manifeste d'appréciation, la seule question étant de savoir si elle est adéquate ou non pour le territoire polynésien.

Les **autres moyens de fond** se divisent en **deux catégories** : les uns critiquent au fond les restrictions apportées par le texte aux **libertés économiques** ; les autres critiquent les **sanctions** que le texte attache à la méconnaissance de ces règles.

L'invocation de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle, effectuée d'un même mouvement par les requérants au soutien d'une argumentation unique, est bien entendu opérante, le Conseil constitutionnel ayant conféré valeur constitutionnelle à ces deux libertés découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 (v. not. CC, 16 janvier, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18, cons. 16, GDCC 2009 p. 356, note L. Favoreu et L. Philip ...) et les mesures de régulation commerciale contenue dans le texte étant de nature à leur porter atteinte. Vous avez eu l'occasion de rappeler aux autorités de la Polynésie française qu'elles étaient soumises au respect de la liberté d'entreprendre en déclarant illégale une disposition de loi du pays qui entendait lutter contre la situation dominante d'un acteur sur le marché de l'électricité sans que cette atteinte à la liberté à la soit proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi (CE, 16 octobre 2013, nos 365067 et 365068, *Société Electricité de Tahiti*, à mentionner aux Tables, BJCL 12/13 p. 844, concl. E. Crépey, AJDA 2012 p. 2535, chr. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; v. aussi 30 décembre 2013, *SA Brasserie de Tahiti*, n° 368065, T. p.). Pour les deux libertés, le mode d'emploi défini par le Conseil constitutionnel est largement commun, puisqu'il n'est loisible de limiter ces libertés au motif d'exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, sous condition de proportionnalité (v., pour la liberté contractuelle, décisions n° 2013-333 QPC du 1^{er} août 2013 et n° 2014-444 QPC du 29 janvier 2015 ; pour la liberté d'entreprendre, cf. décision précitée). Et si en toute rigueur, l'appréciation à porter sur ces deux terrains n'est pas forcément la

⁷ Ce faisant, vous avez interprété l'article 176 comme se bornant à situer les « lois du pays » dans la hiérarchie des normes.

même, la confusion qu'opèrent les requérants entre les deux vous conduira nécessairement à les apprécier d'un bloc.

La première critique concerne l'article **LP. 410-1** inséré dans le code de la concurrence polynésien par la loi du pays déferée. Celui-ci formule deux interdictions, l'une concernant les produits de première nécessité et les produits de grande consommation, qui « ne peuvent faire l'objet de remises différées ou de tout autre type de réductions commerciales, sous quelque forme que ce soit, de droits d'entrée, de primes ou de commissions de référencement » ; l'autre concernant les produits frais, réfrigérés ou surgelés locaux, non transformés de l'agriculture, de la pêche et de l'aquaculture », qui « ne peuvent faire l'objet de remises différées, de droits d'entrée, de primes ou commissions de référencement ».

L'objectif poursuivi, pour cette mesure comme pour toutes celles qui suivent, est d'instaurer un système économique plus équilibré entre fournisseurs locaux et les distributeurs, en empêchant que les seconds, plus puissants, extorquent à toute force des remises aux premiers sous peine d'effets d'éviction, avec à la clef un risque de recours accru à l'importation. Nous n'avons pas de difficulté à admettre que cet objectif est d'intérêt général (v., pour la reconnaissance du caractère d'intérêt général de l'objectif de maintien d'un équilibre dans les relations commerciales, décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société système U centrale nationale et autre* ; sur la notion de « déséquilibre significatif » entre fournisseurs et distributeurs, dont le Conseil constitutionnel admet qu'on le sanctionne, décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Ets Darty et Fils* et son commentaire aux cahiers) et il nous semble pouvoir justifier une atteinte tant à la liberté d'entreprendre qu'à la liberté contractuelle, puisqu'il revient à protéger, dans l'intérêt général, un type de contractant contre un autre, dans l'objectif plus global de protéger le marché. Les requérants ne le contestent pas dans son principe, contestent l'adéquation de la mesure à cet objectif, en feignant notamment d'ignorer en quoi l'attribution de remises différées aux distributeurs pourrait conduire à contourner la réglementation des prix (fixée par l'arrêté n° 171 CM du 7 février 1992), ce qui est effectivement une des composantes de l'objectif. Or comme la défense le fait valoir, ladite réglementation des prix, qui pèse elle aussi sur les produits de première nécessité et de grande consommation, comporte un encadrement des marges de commercialisation calculée à partir du prix de production. La pratique des remises différées permet effectivement aux distributeurs de calculer leur marge à partir du prix sans rabais, tout en récupérant ensuite le montant de la remise, avec pour effet d'augmenter leur marge au détriment des producteurs et sans effet bénéfique pour le consommateur.

Mais c'est surtout sur la proportionnalité de la mesure à l'objectif que les requérants se battent.

Leur argumentation nous paraît sans portée lorsqu'elle feint de croire que, s'agissant des produits frais, toute remise sera désormais impossible même en cas de non-conformité du produit. Permettre de telles remises est précisément l'un des objet de la formule plus souple retenue pour les produits frais, qui n'interdit pas les remises « sous quelques formes que ce soit », mais simplement les remises différées.

L'argumentation est plus sérieuse s'agissant des produits de première nécessité et des produits de grande consommation qui, compte tenu du champ très englobant de cette qualification, fait en pratique peser l'interdiction de remise, cette fois absolue, sur un nombre

très important de produits. A titre de comparaison, la réglementation métropolitaine en vigueur est plus souple, les remises hors produits frais n'étant pas interdites, mais encadrées par la voie d'une contractualisation obligatoire, et pour un spectre plus restreint de produits (art. L. 441-2-1 et L. 441-2-2 du code de commerce). Il nous semble toutefois qu'au vu des particularités locales, la proportionnalité de la mesure peut malgré tout être admise. D'une part, l'ampleur du champ des produits attraites ne résulte pas en toute rigueur de la disposition attaquée, mais bien plutôt de l'arrêté fixant la liste des produits dits de première nécessité et de grande consommation, et il est assez logique que la mesure porte sur l'ensemble de ces produits, puisque ce sont eux qui font l'objet d'une réglementation des prix ont il s'agit notamment de préserver l'effet utile. D'autre part, l'interdiction pure et simple des remises pour ces produits, qui n'est d'ailleurs pas vraiment critiquée en tant que telle, n'apparaît pas invraisemblable au regard du contexte local de très forte pression exercée par les distributeurs sur les producteurs locaux (sur la prise en compte par le Conseil constitutionnel des particularités économiques locales dans l'appréciation de la proportionnalité d'une atteinte à la liberté d'entreprendre, décisions n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 et n° 2013-3 LP du 01 octobre 2013). On relève d'ailleurs que l'article Lp. 441-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, sans être aussi contraignant, n'est pas si éloigné du dispositif litigieux, puisqu'il interdit, sauf accord interprofessionnel approuvé par arrêté du gouvernement, toutes les remises pour les produits frais, et les remises différées pour l'ensemble des autres produits. Vous écarterez donc le moyen.

La deuxième critique porte sur le nouvel article **LP. 410-7** du code de la concurrence polynésien. Celui-ci instaure des délais maximaux de règlement des sommes dues au fournisseur, fixé, pour les produits frais, à dix jours à compter de la réception des marchandises pour les fournisseurs réalisant avec le distributeur un chiffre d'affaire inférieur à 500 000 F CFP, à quinze jours à compter de la réception dans les autres cas.

Cette fois, les requérants ne contestent pas l'adéquation à l'objectif d'intérêt général qui est de protéger les fournisseurs et particulièrement, l'économie du texte en témoigne, les plus petits d'entre eux, contre les retards de paiement des distributeurs. Ils se contentent d'estimer que les délais sont trop brefs et que, par suite, l'atteinte aux libertés économique qui en résulte est disproportionnée. La même argumentation est reprise sous le timbre de l'erreur manifeste, avec comme argument supplémentaire que la mesure aurait dû ne viser que les gros distributeurs. Il ressort toutefois des pièces du dossier que les délais ont été soigneusement et adéquatement ajustés, sans que puisse être pris en compte la circonstance qu'ils sont sensiblement plus brefs qu'en métropole. Quant aux petits distributeurs, au délai de grâce de 5 jours qui leur est accordé s'ajoute la possibilité de globaliser les factures sur une base mensuelle en cas d'échanges réguliers, ce qui contribue à atténuer la dimension contraignante du dispositif, que nous ne voyons pas de raison de censurer.

Le nouvel article **LP. 410-8** du code de commerce polynésien, qui est la cible de la troisième série de critiques, encadre les pratiques de coopération commerciale, dont il précise quelles ne peuvent « concerner que des services liés à la mise en avant promotionnelle des produits, à l'offre d'espaces promotionnels et à des campagnes publicitaires », en imposant qu'elles soient prévues par un contrat.

Il est d'abord reproché à la mesure de restreindre démesurément le champ des pratiques de coopération commerciales autorisées. Il est vrai que la coopération commerciale s'entend d'ordinaire de l'ensemble des services que le distributeur rend au fournisseur à

l'occasion de la revente des produits dans l'objectif d'en favoriser la commercialisation, et l'on voit mal pourquoi des pratiques qui répondraient à cet objectif sans relever précisément de la mise en avant promotionnelle, de l'offre d'espaces promotionnels ou de la campagne publicitaire devraient être interdites. Nous pensons toutefois que la définition donnée par le texte a, en dépit d'une formulation maladroite, pour objet d'explicitier la notion de coopération commerciale plus que d'en restreindre le champ. Vous pourrez donc vous contenter de préciser qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet d'interdire les pratiques qu'elle ne désigne pas expressément, ce dont la Polynésie convient d'ailleurs en défense.

Nous ne voyons par ailleurs aucun venin dans la précision faite que la rémunération à mentionner sur le contrat doit être proportionnelle au service rendu. Contrairement à ce qui est soutenu, cette exigence n'a pas pour effet d'interdire aux distributeurs de s'octroyer une marge, mais seulement de les obliger à maintenir cette marge dans des proportions raisonnables, ce qu'exige de toute façon la jurisprudence judiciaire (v. par exemple Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-13690). Et imposer de l'exprimer en pourcentage du prix unitaire ne nous paraît pas disproportionné à l'évident objectif de transparence poursuivi.

Enfin l'article **LP. 420-1** du code de commerce polynésien, qui interdit aux personnes privées d'imposer un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale, ne fait en réalité que réitérer une interdiction présente dans le droit polynésien depuis près de vingt ans (arrêté n° 173/CM du 7 février 1992), et qui trouve accessoirement son pendant métropolitain dans l'article L. 442-5 du code de commerce, rédigé dans les mêmes termes. Nous ne voyons aucune raison de l'estimer disproportionné à l'évident objectif de protection de la concurrence poursuivi.

Constatant que les critiques du titre II du livre IV du code nouvellement rédigé ne sont pas assorties des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé, vous pourrez passer à **l'examen de l'arsenal répressif prévu par le texte.**

Dès lors que vous n'invaliderez pas l'interdiction de pratiquer certains types de remises, vous écarterez le moyen tiré de ce que, par voie de conséquence de l'annulation de cette interdiction, les sanctions correspondantes méconnaîtraient le principe de légalité des délits et des peines.

Ne vaut pas beaucoup mieux le moyen tiré de la **méconnaissance de l'article 20 de la loi organique**. Celui-ci permet à la Polynésie française d'assortir les infractions aux « lois du pays » de peines d'amende, à condition qu'elles respectent la classification des contraventions et délits et qu'elles n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale. La loi organique ajoute que ces infractions peuvent faire l'objet de peines complémentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale. La société d'étude et de gestion commerciale croit pouvoir en tirer qu'il était impossible de prévoir, en cas de condamnation au titre du délit de manquement aux obligations de facturation prévues à l'article LP. 410-2, une peine complémentaire d'affichage ou de décision de la sanction comme le fait l'article LP. 410-3. Elle soutient en effet qu'en métropole, la méconnaissance des règles de facturation posées à l'article L. 441-3 du code de commerce n'est passible que d'amende et d'exclusion des marchés publics, sans peine complémentaire possible. Tout cela est faux, puisque l'article L. 470-2 du même code prévoit la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion pour toutes les infractions prévues au titre IV du livre IV.

Les requérants soutiennent encore que le cumul de différentes sanctions prévues par « loi du pays », ou encore leur cumul avec d'autres sanctions pour méconnaissance du droit de la concurrence, pourrait conduire à méconnaître le principe constitutionnel de proportionnalité des peines. Mais même dans le dernier état un peu préoccupant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel – nous pensons à la récente décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 –, les restrictions constitutionnelles au cumul de sanctions ne s'appliquent qu'en cas de sanctions prononcées pour les mêmes faits.

Il est soutenu que l'article LP. 430-2 instauré par la loi du pays méconnaîtrait les droits de la défense. Cet article dispose que les amendes administratives qu'il vise sont prononcées dans les conditions prévues à l'arrêté n° 433 CM du 30 mars 2011. Or cet arrêté ne prévoit pas expressément la possibilité pour la personne intéressée d'avoir accès à son dossier. Vous avez effectivement jugé que « le respect du principe général des droits de la défense implique que la personne concernée, après avoir été informée des griefs formulés à son encontre, soit mise à même de demander la communication de son dossier » (CE, 30 janvier 2012, *Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n°s 349009 349010 349011, T. p. sur un autre point) Mais précisément, nous ne pensons pas que l'absence de mention expresse de ce droit dans l'arrêté puisse tenir en échec ce principe général du droit, et entacher d'illégalité par ricochet le renvoi opéré par la « loi du pays ».

Il est enfin reproché à la « loi du pays » de méconnaître le principe de sécurité juridique, l'absence de mesures transitoires pour l'application des articles LP.410-1 (interdiction des remises commerciales), LP. 420-1 (interdiction des prix planchers) et LP. 420-2 (interdiction de comportements déloyaux) devant s'interpréter comme prévoyant une application rétroactive aux contrats en cours. L'argument est totalement inopérant pour l'article LP. 420-1, qui reprend une interdiction déjà en vigueur. Pour les deux autres articles, nous croyons au contraire que dans le silence des textes et en l'absence de motif impérieux justifiant d'interpréter ce silence comme permettant une application aux contrats en cours, les articles litigieux doivent s'interpréter comme ne s'y appliquant pas.

PCMNC – Rejet des deux requêtes, sans qu'il y ait lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge des requérants les sommes que la Polynésie française demande sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.