

Quelles seront les conséquences de la pandémie de Covid-19 à travers le monde ? Elle laissera forcément des traces, mais de quel ordre et de quelle ampleur seront-elles ? Les réseaux sociaux fourmillent de théories plus ou moins farfelues, d'une sorte de big-bang économique et social au statu quo généralisé. Plutôt que de s'en tenir à ces versions aléatoires, la rédaction d'Actu.nc a fait appel aux enseignants et chercheurs de l'Université de Nouvelle-Calédonie. Ils nous livrent leurs analyses scientifiques dans des domaines aussi variés que l'économie, la gestion, les relations internationales, l'histoire, la philosophie, l'anthropologie. Pour ce volet, Walid Chaiehloudj, Maître de conférences à l'UNC, intervient dans le domaine du droit des affaires.

Walid Chaiehloudj (Droit des affaires)

« Le coronavirus a provoqué un emballement de la machine législative »

Que vous inspire la crise du coronavirus comme juriste ?

Spontanément, beaucoup d'interrogations. Actuellement, tous les juristes, dans la spécialité qui est la leur, s'interrogent sur les effets qu'a et qu'aura la crise du coronavirus sur l'application du droit. Les interrogations pullulent et peuvent être scindées en deux catégories. D'une part, les réflexions portent sur les incidences immédiates du Covid-19 sur le droit. Il s'agit ici d'analyser comment le coronavirus perturbe l'application des règles de droit ordinaires. D'autre part, les réflexions portent sur les incidences du coronavirus à long terme. Il s'agit alors de réfléchir à la manière dont le droit devrait être appliqué après la crise. Il y a une dialectique assez classique qui s'est mise en marche entre l'étude du droit positif (c'est-à-dire le droit en vigueur) et du droit prospectif (c'est-à-dire le droit tel qu'il devrait être). Ce tropisme est très naturel pour nous les juristes.

Y a-t-il déjà un effet coronavirus sur le droit ?

Absolument. Tout d'abord, le coronavirus a provoqué un emballement de la machine législative. Cette machine est aujourd'hui en surrégime. Il n'y a pas un jour où l'exécutif n'adopte pas un texte qui bouleverse complètement l'ordonnement juridique tel qu'on le connaît à l'habitude. Le 25 mars dernier par exemple, 25 ordonnances ont été adoptées ! À ma connaissance, cette boulimie législative est tout à fait inédite.

Ensuite, le plus grave certainement est que le parlement a été complètement balayé du processus législatif. Il n'est pour l'heure plus associé à l'adoption des textes. Le pouvoir législatif est concentré entre les mains du Gouvernement. Et le malaise ne s'arrête pas là. Un blanc-seing lui a été accordé par le Conseil



constitutionnel qui a récemment indiqué qu'il ne contrôlerait pas la constitutionnalité des lois pendant la période de crise. Notre État de droit est mis entre parenthèses.

Enfin, le coronavirus fragilise toute prétention à la sécurité juridique. La profusion de textes très disparates qui touchent à toutes les branches du droit (libertés fondamentales, procédures civiles et pénales, droit des affaires etc.) créent une insécurité juridique immense pour les citoyens, les entreprises et les institutions.

Qu'en est-il du droit calédonien ? Vous êtes un spécialiste de droit des affaires et tout particulièrement de droit de la concurrence, pouvez-vous nous donner votre sentiment sur l'application de ce droit ?

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie qui, rappelons-le n'a que deux années d'existence, a réagi promptement. Elle a indiqué dans un communiqué de presse du 19 mars dernier qu'elle ne cesserait pas son activité pendant cette période et qu'elle serait très vigilante concernant les pratiques mises en œuvre par les entreprises pendant cette crise sanitaire. Les procédures suivent leur cours. L'Autorité a poursuivi son travail pendant cette période de pandémie. Elle a notamment rendu un avis portant sur une mesure de régulation de marché dans le secteur de l'approvisionnement en bois et une décision de concentration dans le secteur bancaire.

Cela signifie-t-il que le droit de la concurrence ne s'adaptera pas à la crise ?

C'est une question essentielle que vous posez-là. C'est « la » question que se sont posées toutes les autorités de concurrence à travers le monde. Faut-il continuer à appliquer avec fermeté le droit de la concurrence ou assouplir son application ? A vrai dire, la réponse est double :

- D'une part, les autorités de concurrence souhaitent accompagner les entreprises et ne pas décourager

Walid CHAIEHLOUDJ est Maître de conférences, à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, membre du Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE), Chercheur associé au GREDEG-CREDECO de l'Université Côte-d'Azur. Il est l'auteur de nombreux articles en droit des affaires et en droit de la concurrence parus dans des revues internationales, européennes et nationales. Il vient de publier les deux articles suivants en lien avec le coronavirus et le droit de la concurrence:

- « The New Caledonian Competition Authority announces pursue competition law enforcement in the context of Covid-19 pandemic », disponible en accès libre au bulletin e-Competitions de ce mois d'avril au lien suivant : https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/preview/the-new-caledonian-competition-authority-announces-pursue-competition-law?var_mode=calcul

- et d'un article intitulé «Entre assouplissement et intensification: le droit de la concurrence à l'épreuve des vents contraires du coronavirus», JCP E 2020, n° 15-16, p. 31, disponible sur le site Lexisnexus360.fr

Il est également l'auteur d'un ouvrage récemment paru : Les accords de report d'entrée - Contribution à l'étude de la relation du droit de la concurrence et du droit des brevets, éditions Concurrences, 2019, 568 pages.

les comportements vertueux. Par exemple, des entreprises qui souhaiteraient collaborer pour fabriquer des masques, des appareils respiratoires ou mettre en commun leur savoir-faire pour découvrir un vaccin contre le Covid-19 ne seront a priori pas sanctionnées. En métropole, l'Autorité de la concurrence nationale a d'ores et déjà prévu une procédure informelle d'accompagnement des entreprises. Autrement dit, l'entreprise peut saisir l'Autorité aux fins de vérifier si leur collaboration est compatible avec les règles de concurrence. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie semble vouloir adopter cette même approche. Les entreprises peuvent la saisir aux fins de vérifier la conformité de leurs accords au droit calédonien de la concurrence. D'autre part, les autorités de concurrence se montreront intransigeantes avec les pratiques inacceptables en période de crise. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie l'a affirmé avec une grande fermeté. Les pratiques anticoncurrentielles pourraient conduire à aggraver la situation des familles d'ores et déjà fragilisées par la crise sanitaire.

Avez-vous des exemples de pratiques anticoncurrentielles ?

Plusieurs exemples peuvent être donnés. L'hypothèse archétypale concerne l'entreprise qui souhaiterait profiter de la crise sanitaire pour augmenter ses prix. Par exemple, une pharmacie pourrait profiter de la forte demande en gel hydro-alcoolique pour faire bondir le prix du produit. En ce cas, l'entreprise pourrait être sanctionnée pour avoir mis en œuvre une pratique de prix excessif. Il faut relever à cet égard que le droit de la concurrence exige que l'entreprise en cause soit en position dominante sur le marché. Ce faisant, certaines entreprises pourraient se sentir à l'abri de poursuites. Ce sentiment serait trompeur. Car en période de crise et de confinement, une entreprise qui à l'ordinaire n'est pas en position dominante pourrait l'être aujourd'hui. Dans ce type de contentieux, les autorités du monde entier s'attachent au contexte et à la dynamique du marché. On peut songer également à des pratiques d'entente. On sait que le secteur agricole souffre de la fermeture des restaurants, des cafés et de nombreux commerces de bouche. Les producteurs pourraient alors tenter de s'entendre pour fixer un prix plancher de leurs produits à la grande distribution. Un tel accord pourrait être anticoncurrentiel.

Quels sont les risques pour les entreprises qui décideraient de s'engager dans une pratique anticoncurrentielle ?

Le principal risque est le prononcé d'une amende. Le code de commerce calédonien prévoit une amende allant jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise. D'autres risques existent. L'Autorité peut enjoindre l'entreprise à modifier son comportement et prononcer des astreintes. De plus, le risque réputationnel est exacerbé avec la crise sanitaire. Le consommateur calédonien souhaitera-t-il acheter des produits à une entreprise qui, en pleine crise, a cherché à augmenter les prix et à le ponctionner d'une partie de son pouvoir d'achat ? Le consommateur qui, de plus en plus est un « consomm'acteur », a un rôle essentiel à jouer.

Il peut lui aussi peser pour qu'une entreprise comprenne que la pratique anticoncurrentielle lui desservira à plusieurs égards. Récemment, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a lancé l'application « prix.nc ». Cet instrument pourra permettre aux consommateurs et aux autorités publiques d'être encore plus vigilants qu'à l'accoutumée.

Une entreprise qui regrette son comportement peut-elle se racheter ?

Elle le peut. Il faudra cependant qu'elle agisse avec célérité. Une entreprise peut dénoncer un accord auprès de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agit là de mettre en œuvre la procédure de clémence. En d'autres termes, la résipiscence d'une entreprise lui permet d'échapper à la sanction ou de voir la sanction atténuée. Pour ce faire, l'entreprise repentante doit apporter des éléments de preuve à l'Autorité. Si ces preuves sont fortes et permettent de qualifier une entente, l'Autorité délivrera une immunité à l'entreprise ayant dénoncé l'accord. En ce cas, l'entreprise ne sera pas sanctionnée. Si ces preuves sont insuffisantes, l'entreprise pourra potentiellement bénéficier d'une réduction d'amende à condition que les preuves apportées permettent de déceler par la suite une entente et que l'Autorité n'avait pas déjà en sa possession des pièces suffisamment probantes.

La crise sanitaire entraîne-t-elle d'autres risques juridiques pour les entreprises calédoniennes ?

Malheureusement oui. La crise sanitaire se double d'une crise économique. Par conséquent, de nombreuses entreprises souffrent d'ores et déjà de la crise. Certaines n'ont plus de trésorerie et d'autres sont aux portes du redressement judiciaire ou de la liquidation. Le droit des entreprises en difficulté sera donc fortement mobilisé en Nouvelle-Calédonie comme en métropole. A cet égard, une ordonnance a été adoptée le 27 mars dernier pour adapter les règles relatives aux difficultés des entreprises. Cette ordonnance s'applique sur notre territoire.

Par ailleurs, les contrats d'affaires sont fortement fragilisés. Une question (encore une !) doit être posée. La crise du coronavirus permet-elle de se séparer d'un contractant ou oblige-t-elle les parties à maintenir leurs liens contractuels ? La question ne débouche sur aucune réponse définitive. C'est du cas par cas. Dans l'hypothèse où le coronavirus serait qualifié par le juge comme un cas de « force majeure », certains contrats pourraient être résolus, c'est-à-dire que les parties pourraient y mettre fin. D'autres contrats pourraient être simplement suspendus pendant le temps de la crise.

Quels conseils pouvez-vous donner aux entreprises ?

De ne pas agir de manière cavalière. En cas de difficulté, elles doivent se tourner vers un professionnel du droit et surtout éviter d'agir instinctivement. La crise est là. Ce faisant, pour les contrats conclus postérieurement à son déclenchement, les entreprises ne pourront ni plaider la force majeure ni l'imprévision... Elles seront prises au piège de leurs engagements.