

**Rapport de l’Autorité de la concurrence relatif aux
structures de contrôle en matière de concurrence
en Nouvelle-Calédonie**

établi par Mme Geneviève WIBAUX, Rapporteure

21 septembre 2012

INTRODUCTION	4
I. L'état des lieux : la situation actuelle de la concurrence en Nouvelle Calédonie	5
A. LE CONTEXTE ECONOMIQUE	5
<i>Malgré des handicaps liés à son insularité et son éloignement, une économie avec un fort taux de croissance.....</i>	<i>5</i>
<i>mais une inégale répartition des richesses et des prix globalement élevés qui posent la question du fonctionnement de la concurrence et du modèle de développement calédonien.....</i>	<i>6</i>
B. LE CONTEXTE JURIDIQUE : LA REPARTITION DES COMPETENCES.....	8
C. LES TEXTES APPLICABLES EN MATIERE DE CONCURRENCE ET DE REGLEMENTATION DES PRIX.....	9
<i>Les textes applicables en matière de concurrence.....</i>	<i>9</i>
<i>La réglementation des prix.....</i>	<i>11</i>
<i>La réglementation des carburants</i>	<i>14</i>
D. LA MISE EN ŒUVRE DES TEXTES : LE CONTROLE DE LA CONCURRENCE EXERCE PAR LA DIRECTION DES AFFAIRES ECONOMIQUES	14
<i>Le contrôle des professions réglementées.....</i>	<i>15</i>
<i>Le contrôle en matière de réglementation des prix</i>	<i>15</i>
<i>Le contrôle en matière de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives de concurrence</i>	<i>15</i>
II. Les pistes de réflexion	16
A. LA QUESTION DE LA REGLEMENTATION DES PRIX.....	17
B. LA QUESTION SPECIFIQUE DE LA REGLEMENTATION DES PRIX DES CARBURANTS	18
C. QUEL TYPE DE CONTROLE EN MATIERE DE CONCURRENCE ?	20
<i>Le contrôle des opérations de concentrations</i>	<i>20</i>
<i>Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles.....</i>	<i>25</i>
<i>Les pratiques commerciales restrictives.....</i>	<i>26</i>
D. QUELLES STRUCTURES DE CONTROLE DE LA CONCURRENCE ?.....	26
<i>Possibilité juridique de créer une autorité de la concurrence</i>	<i>27</i>
<i>Les différents types de structures possibles</i>	<i>28</i>
<i>Les solutions préconisées dans le passé.....</i>	<i>28</i>
<i>Les trois options possibles.....</i>	<i>30</i>

◆ La question de l'indépendance	31
◆ Composition et fonctionnement de cette autorité.....	32
◆ Mise en œuvre de cette option.....	33
◆ Composition de la commission	33
◆ Intérêt d'une autorité aux seuls pouvoirs consultatifs	34
◆ Les garanties nécessaires pour l'exercice du pouvoir consultatif plein et entier	35
– L'accès à l'information : la question des pouvoirs d'enquête du service d'instruction de cette commission.....	35
– La création de l'expertise	36
– Le droit de faire savoir	36
◆ Le rôle de cette autorité consultative en matière de contrôle des concentrations	36
◆ Le rôle consultatif en matière de pratiques anticoncurrentielles	37
◆ Le rôle consultatif pour les projets de textes relatifs à la concurrence.....	38
◆ Mise en œuvre de la 2 ^{ème} option.....	38
◆ Le contrôle des opérations de concentration	38
◆ Les pratiques anticoncurrentielles	39
◆ Mise en œuvre	39
CONCLUSION	39
LISTE DES PERSONNES RENCONTREES :	41
LISTE DES ARTICLES OU DOCUMENTS CONSULTES	42

INTRODUCTION

1. La Nouvelle-Calédonie a sollicité l'Autorité de la concurrence afin qu'elle établisse un diagnostic de la situation concurrentielle sur son territoire et mette à sa disposition son expertise en tant que régulateur.
2. Cette initiative s'inscrit dans le prolongement d'une réflexion collective relative à la vie chère qui a donné lieu à la création¹ d'une commission « *spéciale vie chère* » auprès du Congrès de Nouvelle Calédonie et qui s'est vue confier comme thèmes de réflexion la modernisation de l'économie, l'amélioration du pouvoir d'achat et la maîtrise et la transparence des prix.
3. Dans ce contexte, le président de l'Autorité de la concurrence, Bruno Lasserre, le président du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Harold Martin, et le Haut-commissaire de la République française ont conclu une convention-cadre d'assistance technique dans l'objectif de renforcer l'expertise de la collectivité d'outre-mer et ses outils en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.
4. Cette convention a permis de mettre en place dès avril 2012 une mission d'expertise composée de trois rapporteurs de l'Autorité de la Concurrence. Cette mission avait pour buts assignés de réaliser deux études considérées comme prioritaires : d'une part une étude sur le fonctionnement de la concurrence dans les circuits de distribution des produits de grande consommation, d'autre part une étude sur des structures de contrôle en matière de concurrence.
5. La seconde étude, qui fait l'objet du présent rapport, devait à la fois :
 - évaluer l'adéquation des moyens (humains, financiers, juridiques et techniques) des structures de contrôle avec l'objectif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans l'économie calédonienne ;
 - proposer des solutions ou des pistes de réflexions, compte tenu des constatations, sur l'organisation des structures de contrôle aux fins de faire respecter de manière efficiente les règles en matière de concurrence.
6. Le présent rapport présente donc en première partie un état des lieux puis expose les pistes de réflexion proposées.

¹ Délibération n° 146 du 1^{er} septembre 2011

I. L'état des lieux : la situation actuelle de la concurrence en Nouvelle Calédonie

A. LE CONTEXTE ECONOMIQUE

Malgré des handicaps liés à son insularité et son éloignement, une économie avec un fort taux de croissance...

7. Située dans l'océan Pacifique à 1 500 km à l'est de l'Australie et à 1 550 km au nord de la Nouvelle Zélande, distante de la métropole de près de 17 000 km, la Nouvelle Calédonie est constituée d'une grande île et de trois autres îles (les îles Loyauté) représentant une superficie de 18 516 km², pour une population d'environ 250 000 habitants.
8. Toutefois, malgré les handicaps liés à sa petite taille et à son caractère insulaire, la Nouvelle Calédonie connaît depuis plusieurs années une croissance économique soutenue, avec un taux de croissance annuel moyen de 3,5% entre 1998 et 2009². Ainsi, selon le rapport du Syndex³, entre 1998 et 2007 le PIB⁴ de la Nouvelle Calédonie a été multiplié par plus de deux, passant de 381 milliards de francs CFP (environ 317 millions €) à 787 milliards de francs CFP⁵ (655 millions €). Par ailleurs, le taux de chômage est inférieur à 7 % de la population active⁶.
9. L'activité industrielle repose en grande partie sur le nickel⁷ qui contribue à la croissance calédonienne par l'ampleur des investissements engagés. Les industries agro-alimentaires, bien implantées sur le territoire calédonien, contribuent également à l'activité industrielle.
10. Mais l'activité économique est aussi fondée sur le secteur tertiaire qui représente près de 69 % du PIB. Si le commerce en représente une part importante, le tourisme⁸ y a en revanche un poids modeste : seulement 300 000 touristes viennent visiter la Nouvelle-Calédonie dont plus de la moitié sont des croisiéristes⁹. Enfin le secteur agricole¹⁰ est relativement peu développé du fait d'un mode de production resté largement vivrier. Le territoire doit importer des denrées alimentaires faute d'autosuffisance (12 % des importations en 2006).

² Source ISEE

³ « Les causes de la vie chère en Nouvelle Calédonie, structure des prix et des coûts », avril 2009

⁴ Le PIB par habitant était en 2009 de 3,1 millions de francs CFP soit 25 833€ (2 152€ par mois).

⁵ En 2009 le PIB est de 752 milliard de F CFP Source ISEE

⁶ Source : rapport Nouvelle Calédonie 2025 –diagnostic et enjeux.

⁷ Toutefois, même s'il représente le principal produit d'exportation, le nickel ne représente constitue que 16% du PIB.

⁸ Le tourisme représente 3,9 % du PIB

⁹ Les touristes proviennent de France métropolitaine, du Japon, de l'Australie et de Nouvelle Zélande.

¹⁰ Environ 2 % du PIB

mais une inégale répartition des richesses et des prix globalement élevés qui posent la question du fonctionnement de la concurrence et du modèle de développement calédonien...

11. Si la croissance est soutenue et le taux de chômage faible, il existe une inégale répartition des richesses qui n'est qu'imparfaitement corrigée par les politiques publiques¹¹. Ainsi que le note le rapport Nouvelle Calédonie 2025 - diagnostic et enjeux - qui fait référence à l'enquête « *budget et consommation des ménages (BCM)* » conduite en 2008 :
 - 20% des ménages ayant les plus hauts revenus reçoivent 46,6 % du total des revenus des ménages calédoniens et ces ménages reçoivent en moyenne 940 000 FCFP par mois (7 833€) soit 40% de plus que les 20%¹² des ménages métropolitains ayant les plus hauts revenus (données INSEE 2006) ;
 - 21% des ménages sont sous le seuil de pauvreté relative¹³ soit un taux triple de celui de la métropole et double de celui de la moyenne OCDE.
12. Cette inégalité dans la répartition des revenus est en outre renforcée par le niveau élevé des prix. Selon le rapport Nouvelle Calédonie 2025 – diagnostic et enjeux précité - qui confirme le rapport Syndex¹⁴ « *les prix pratiqués en Nouvelle Calédonie se placent à niveau record (...) la Nouvelle Calédonie se situe entre le 2^{ème} et le 3^{ème} pays le plus cher au monde selon le classement par l'indice « Big Mac*¹⁵ ». ».
13. Même si les conséquences de la vie chère doivent être relativisées pour une partie de la population calédonienne des provinces du Nord et des Iles qui n'est pas « *monétarisée* » et peut avoir accès à des ressources alimentaires (par exemple 70% de la pêche dans le lagon n'est pas monétarisée), l'inégale répartition des richesses et le haut niveau des prix posent le problème de la solidité du modèle économique calédonien.
14. Comme le remarquait le président du gouvernement de la Nouvelle Calédonie¹⁶ : « *notre modèle économique est fragile, car la richesse que nous produisons est mal répartie. Mal répartie, entre le travail et le capital. Mal répartie, entre les provinces et les communes qui les constituent. Ces inégalités, sociales et spatiales, menacent notre croissance, menacent*

¹¹ L'espérance de vie dépasse 75 ans, les taux d'alphabétisation des enfants sont élevés, l'aide au logement concerne un grand nombre de familles, il existe un dispositif de prêt à taux zéro, les enfants bénéficient d'allocations familiales.

¹² Ce pourcentage serait de 10% aujourd'hui.

¹³ C'est-à-dire vivent avec des revenus inférieurs de moitié au revenu médian soit moins de 1 316€ par mois

¹⁴ « *les causes de la vie chère en Nouvelle Calédonie structure des prix et des coûts* » (avril 2009),

¹⁵ En l'absence d'autre outil de comparaison international sur les prix, la méthode « Big Mac » présente un bon niveau de pertinence, parce que la formation du prix d'un Big Mac intègre de multiples composants locaux : travail salarié, produits manufacturés, produits agricoles, immobilier commercial, énergie, etc. Les prix du Big Mac ont été relevés en juillet 2008 dans 46 zones monétaires et convertis en US\$ au 1er janvier 2009. Les 5 premiers pays du classement sont la Norvège (64 % au dessus du prix aux E.U), la Suisse (55 %), le Danemark, (35 %), la Suède (22 %) la zone euro. En Nouvelle Calédonie le prix du Big Mac se situait à 49 % au dessus du prix aux E.U et en Australie 38 % en dessous.

¹⁶ Discours de politique générale d'Harold Martin - lundi 28 novembre 2011

nos équilibres sociaux. Les inégalités de revenus ne sont pas l'apanage de la Calédonie. Mais, ici comme ailleurs, elles risquent de bloquer notre croissance à moyen terme ».

15. En effet, le modèle calédonien qui repose en grande partie sur le dynamisme du secteur minier et les transferts de la métropole, pourrait en effet se trouver affecté par la crise du nickel et/ou par les conséquences d'une réduction des financements de l'économie calédonienne par la métropole¹⁷.
16. En outre, le développement économique de la Nouvelle Calédonie qui s'appuie essentiellement sur un secteur (le secteur minier) pose aussi la question du déséquilibre entre les secteurs économiques. Plusieurs rapports évoquent à cet égard le « *syndrome hollandais* » c'est-à-dire une situation dans laquelle le développement d'un secteur concurrentiel (en Nouvelle Calédonie, le nickel) profite à d'autres secteurs protégés, ce qui *in fine* entraîne des effets négatifs sur ce secteur concurrentiel.
17. Toutefois, bien plus que le syndrome hollandais, ce qu'il faudrait craindre, c'est le manque de compétitivité de l'économie en raison d'un manque de concurrence. Comme l'écrivait un économiste¹⁸ cité dans le rapport Nouvelle Calédonie 2025 –diagnostic et enjeux précité -, le risque de survenue de ce syndrome n'existerait pas puisqu'en réalité il serait déjà présent en Nouvelle Calédonie: « *les conséquences néfastes du syndrome pourraient bien ne pas pouvoir se manifester car déjà présentes. L'économie calédonienne est déjà une économie artificielle avec un ensemble d'industries non concurrentielles qui n'existent que grâce à la protection commerciale qui leur est accordée et qui ne trouvent des débouchés sur place que grâce au pouvoir d'achat artificiellement soutenu par les transferts de métropole et l'indexation de la rémunération des fonctionnaires. L'économie calédonienne vérifie déjà une structure déséquilibrée, la croissance d'un secteur ne créerait pas ce déséquilibre* ».
18. De fait, l'économie calédonienne est une économie protégée de la concurrence extérieure comme de la concurrence intérieure. Comme l'indique le rapport Nouvelle Calédonie 2025 précité : « *A travers ce cumul de dispositif d'aides, subventions et défiscalisations, de protections de marché et d'interventions directes des opérateurs publics, l'économie calédonienne est fortement « administrée ». Une production peut s'y développer non pas parce qu'elle est économiquement pertinente mais parce qu'il a été décidé de l'aider sous une forme ou sous une autre. (...) Cette stratégie, qui a pour effet de créer ou de garder des pans d'activités économiques plus ou moins efficaces gagnerait à être mieux coordonnée et assise sur des objectifs et des évaluations socio-économiques claires et transparentes, plus à même de permettre leur acceptation par le corps social et par les consommateurs*».
19. A long terme l'absence de concurrence fait peser un risque sur l'innovation, puisque l'innovation est une résultante de la concurrence. En effet, dans la plupart des secteurs économiques soumis à la concurrence, où la recherche d'un avantage concurrentiel de coûts est toujours difficile en raison de la mondialisation, l'innovation apparaît comme une

¹⁷ Ces transferts (constitués des dépenses de l'Etat et de ses établissements publics en Nouvelle Calédonie et des aides apportées aux collectivités calédoniennes) ont représenté selon rapport Nouvelle Calédonie 2025 – diagnostic et enjeux, 16 % du PIB en 2007.

¹⁸ C. Perret - 2002 cité dans le rapport précité Nouvelle Calédonie 2025 - diagnostic et enjeux -

condition indispensable de développement pour de nombreuses entreprises. Elle permet aux entreprises de renforcer leur position concurrentielle sur les marchés. L'innovation permet aux entreprises d'augmenter leur productivité, d'améliorer la qualité de leurs produits ou de leurs services et de développer des compétences clés. Sans concurrence, pas de stimulation pour développer l'innovation¹⁹, qui permet surtout aux entreprises d'améliorer leur compétitivité « *hors prix* », et partant leur capacité à maintenir des avantages concurrentiels durables sur des marchés évolutifs.

20. Toutefois la concurrence ne peut jouer un rôle moteur que s'il existe des structures de contrôle de la concurrence. En effet, le fonctionnement efficace des marchés concurrentiels peut être compromis par l'existence de comportements qui permettent l'exercice d'un « *pouvoir de marché* ». Ces comportements sont nuisibles au consommateur, qu'ils privent de la liberté de choisir au meilleur prix. Mais ils portent aussi atteinte à son bien-être de façon indirecte, puisqu'ils sont préjudiciables à l'innovation, surtout si c'est une innovation commerciale, à l'efficacité économique et, finalement, à la croissance. Ainsi, il apparaît nécessaire de prévoir une structure qui puisse veiller au bon fonctionnement concurrentiel des marchés, une condition « *sine qua non* » pour garantir au consommateur les meilleurs prix et le choix le plus large de produits et de services.
21. Avant d'examiner quel type de structure serait nécessaire en Nouvelle Calédonie, il convient de faire un état des lieux et de regarder la situation existante, tant en ce qui concerne les textes applicables que les moyens financiers et humains. Mais, au préalable, il faut s'intéresser au contexte juridique et à la répartition des compétences.

B. LE CONTEXTE JURIDIQUE : LA REPARTITION DES COMPETENCES

22. La Nouvelle Calédonie relève de la souveraineté française mais dispose d'un statut particulier²⁰ de large l'autonomie, instauré par l'accord de Nouméa en 1998. Cet accord a prévu le transfert progressif des compétences de l'Etat français vers la Nouvelle-Calédonie dès le 1er janvier 2000, jusqu'en 2014.
23. L'accord de Nouméa est mis en œuvre par la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (Journal Officiel 21 Mars 1999) et par la loi ordinaire n 99-210 de la même date et portant le même titre.
24. La loi organique définit l'organisation institutionnelle et la répartition des compétences entre l'Etat, la Nouvelle Calédonie et les provinces. La Nouvelle-Calédonie est organisée

¹⁹ Cette innovation n'est pas forcément une innovation « *high tech* » mais peut être une innovation commerciale, ou une innovation logistique ;

²⁰ La Nouvelle-Calédonie était avant la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 un territoire d'outre-mer, catégorie disparue avec la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 qui a créé celle des collectivités d'outre-mer. Mais la Nouvelle-Calédonie n'est pas une collectivité d'outre-mer. La Nouvelle-Calédonie n'est pas non plus une collectivité territoriale au sens de l'article 72, qui ne la cite pas.

en trois provinces (Province Nord, Province Sud, Province des Iles). Les provinces²¹ s'administrent librement par des assemblées élues pour cinq ans au suffrage universel direct. Les trois assemblées de provinces réunies forment en partie le congrès du territoire qui est compétent pour gérer les affaires communes à l'ensemble du territoire.

25. Ainsi, le congrès est une des institutions calédoniennes chargée de la politique calédonienne comme le gouvernement, le sénat coutumier, et le conseil économique et social. L'Etat est représenté par le Haut-commissaire de la République.
26. La loi organique répartit aussi les compétences : l'Etat reste compétent pour les matières régaliennes : justice, police, défense nationale et les compétences de la Nouvelle Calédonie sont énumérées limitativement. Parmi celles-ci figurent notamment la répression des fraudes, la concurrence et la réglementation des prix.
27. Les titres I à VI du code de commerce (sauf exceptions) ne s'appliquent pas en Nouvelle Calédonie. C'est une délibération du Congrès qui a adopté le texte de référence en matière de concurrence et de réglementation des prix, la délibération n°14 du 6 octobre 2004.

C. LES TEXTES APPLICABLES EN MATIERE DE CONCURRENCE ET DE REGLEMENTATION DES PRIX

Les textes applicables en matière de concurrence

28. La délibération n°14 du 6 octobre 2004 définit les pratiques anticoncurrentielles ainsi que les pratiques commerciales et restrictives de concurrence.
 - a) *Les pratiques anticoncurrentielles*
29. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, le texte énonce l'interdiction des ententes anticoncurrentielles²², des abus de position dominante²³, ainsi que des prix abusivement bas²⁴. Il faut noter que parmi l'énoncé des abus de dépendance économique, figurent notamment le refus de vente, les ventes liées, les remises différées, les pratiques restrictives telles que l'obtention de conditions avantageuses sans contrepartie, des délais de paiement injustifiés, la rupture brutale de relation commerciale.
30. Deux types de sanctions sont prévues : une sanction civile consistant en la nullité de l'accord se rapportant à la pratique²⁵, une sanction pénale qui est une amende²⁶ qui peut aller jusqu'à 8 500 000 FCFP (67 000€), pour la personne physique qui a pris une part personnelle et déterminante, dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de la pratique. Le texte prévoit que les personnes morales puissent être déclarées responsables pénalement. Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est alors

²¹Les provinces sont des collectivités territoriales qui disposent d'une compétence de droit commun, c'est-à-dire qu'elles sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas réservées par la loi à l'Etat, au territoire ou aux communes.

²² Article 68

²³ Article 69

²⁴ Article 72

²⁵ Article 70

²⁶ Article 99-1

égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques. Elles peuvent être solidairement condamnées à payer les amendes prononcées contre leurs dirigeants.

31. Dans l'hypothèse d'une suite pénale, le dossier établi par les agents de la direction des affaires économiques (DAE) et constatant la pratique est alors transmis au procureur de la république.
32. En effet, comme le précise l'article 86 de la loi organique, les agents assermentés de la Direction des Affaires Economiques (DAE) peuvent constater les infractions aux réglementations de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et des communes dans les conditions fixées par la loi. Pour cela, ils peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander communication des livres, factures et tous les autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux qui seront transmis au procureur de la République.
33. Depuis 2009²⁷, les enquêteurs disposent aussi du pouvoir de perquisitionner dans les entreprises (avec au préalable l'autorisation du juge des libertés et de la détention)
34. L'exercice de leur pouvoir d'enquête relève de la procédure pénale, selon les règles déterminées au niveau national.

b) Les pratiques commerciales abusives

35. La transparence dans les relations entre professionnels est assurée par des règles sur la facturation²⁸, prévoyant l'indication des délais de paiement, la communication des barèmes et des conditions de vente²⁹ et l'établissement par écrit des accords de coopération commerciale³⁰ ou de prestations de services distincts³¹. Ces documents contenant des mentions obligatoires permettent aux partenaires contractuels de s'assurer de la loyauté des transactions commerciales tout en fixant un cadre contractuel général à la négociation.
36. Par ailleurs sont définies et encadrées les ventes au déballage, les liquidations, les soldes. Sont interdites les ventes liées³² ou avec prime³³ et la vente « à la boule de neige³⁴ ». Sont également prohibées le refus de vente³⁵, la vente à perte³⁶, et les prix imposés³⁷.
37. Pour ces infractions sont prévues deux types de sanctions : soit des peines d'amende, récapitulées dans le tableau ci-après, soit des dommages et intérêts.

²⁷ Ordonnance n°2009-537 du 14 mai 2009

²⁸ Article 73

²⁹ Article 74

³⁰ Article 74-6

³¹ Article 74-4

³² Article 67

³³ Article 57

³⁴ Article 66

³⁵ Article 78

³⁶ Article 79

³⁷ Article 81

Montant de l'amende	Type d'infraction	Article
Contravention de 5^{ème} classe (jusqu'à 179 000 FCFP soit environ 2 130€)	Vente avec prime, refus de vente	article 96
	Règles de facturation fruits et légumes importés	id
	Règles sur les soldes, liquidations, vente au déballage	id
500 000 FCFP(4 190€)	vente à « <i>la boule de neige</i> »	
1 million de FCFP (environ 8 384€)	Absence de communication des conditions générales de vente	article 99
	Non respect barème de prix et CGV	id
	Non respect article 74	id
	Non délivrance facture aux agents DAE	id
	Non respect délais de paiement (article 75 et 76)	article 100
	Rémunération sans contrepartie par un fournisseur	Id
	Revente à perte ou offre de revente à perte	id
Prix minimum imposé		
8. 500. 000 FCFP (environ 67 000€)	Absence de signature d'un contrat	article 99-1
	Non délivrance de facture ou facture sans mentions obligatoires autres que fruits et légumes importés	article 101

38. La récidive est prévue pour les infractions aux articles 73 (facturation), 74 (CGV) et suivants, 75 (délais de paiement), 76 (délais de paiement) 79 (vente à perte) et 81(prix de revente imposé). Le maximum de la peine encourue est porté au double.
39. Les sanctions civiles sont prévues pour l'obtention d'un avantage sans contrepartie, le paiement d'un droit de référencement, les remises différées ou marges arrières. Les sanctions civiles consistent d'une part en la nullité des clauses des contrats en cause et d'autre part en la réparation du préjudice subi.
40. L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale par toute personne qui y a intérêt, par le ministère public ou par le président du gouvernement. Ces derniers peuvent d'ailleurs demander une répétition de l'indu.
41. Enfin, pour les infractions à l'article 77 (paiement d'un droit de référencement, remises différées ou marges arrières, obtention d'un avantage sans contrepartie) est également prévue une sanction administrative : le gouvernement peut prendre une décision motivée ordonnant le paiement d'une amende, sans pouvoir excéder la somme de 230 millions de FCFP (soit environ 1,93 millions €). Le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des pratiques relevées et des avantages tirées de ces dernières.
42. Dans ce cas la procédure est la suivante : les agents qui constatent une pratique commerciale illicite doivent dresser un rapport d'enquête. Une copie de ce rapport est remise à la personne physique ou morale qui en fait l'objet. Cette personne doit ensuite présenter, dans un délai d'un mois à compter de la réception du rapport précité, ses observations écrites sur les pratiques relevées.

La réglementation des prix

43. Si la délibération n°14 du 6 octobre 2004 a introduit dans le droit calédonien des dispositions relatives à la concurrence, elle a aussi prévu la possibilité de réglementer les prix.

a) La réglementation des prix de première nécessité

44. Cette disposition a été mise en œuvre en 2010. En effet, après un régime de liberté surveillée instauré en 2007, qui a permis de proposer aux consommateurs des produits de 1^{ère} nécessité à des tarifs réduits et stabilisés, grâce à des accords avec les professionnels³⁸, le congrès³⁹ a habilité, pendant trois ans, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à prendre par arrêté des mesures spécifiques de fixation des prix pour les produits alimentaires et non alimentaires d'origine locale ou importée et les prestations de services. Ainsi, les prix de 115 produits ont été réglementés⁴⁰.
45. La mesure concerne les secteurs de l'alimentation, de l'hygiène et de l'entretien. Sur le principe, les prix fixes ont été privilégiés, mais pour certains dont les cours mondiaux fluctuent en permanence, ce sont les marges qui ont été encadrées.
46. Les produits concernés par la réglementation sont des produits alimentaires (poulet, œufs) agroalimentaires (conserves de thon, glaces, eau minérale, yaourts, moutarde) ou encore des produits industriels dits « *de première nécessité* » : insecticides, tabac, piles, couches, papier hygiénique, assouplissants, shampoing, dentifrice, mousse à raser). Cette mesure est toujours en vigueur.

b) Les mesures en vigueur depuis juin 2012

47. L'arrêté n°2012-1291/GNC 5 juin 2012 encadre de manière temporaire des mesures de contrôle des prix de vente des grossistes aux commerçants détaillants ainsi que les prix de vente des détaillants aux consommateurs de plus de 400 produits et prestations de services. Une vingtaine de produits locaux tels que les œufs frais, le pain ou les boissons aux fruits et jus de fruits font également l'objet de mesures particulières de fixation des prix. Sont placées sous le régime de la liberté contrôlée une trentaine de prestations de services parmi lesquelles figurent les taux horaires de main d'œuvre automobile concernant la réparation des véhicules particuliers et des camionnettes, les tarifs de prestations de crèche et de garde d'enfant ou encore les tarifs des prestations d'assurance automobile. Enfin, une centaine de produits locaux tels que les yaourts, les conserves de viandes ou conserves de légumes font l'objet d'un régime de liberté contrôlée au stade de la production.

c) La réglementation des prix des autres produits

48. Par ailleurs, d'autres produits ont également leur prix réglementé. Il s'agit notamment de l'électricité, du gaz, du carburant, des loyers et du tabac.

³⁸ Les professionnels s'étaient engagés à proposer aux consommateurs des prix en baisse de 15 à 25 % (soit 20 % en moyenne) jusqu'au 1^{er} juillet 2009, pour une liste de produits de 1^{ère} nécessité alimentaires et non alimentaires (une trentaine au total) qui étaient présentés à un prix unique de référence, quelle que soit la marque, l'enseigne de distribution et le lieu de vente. Parallèlement, le gouvernement de Nouvelle Calédonie s'engageait pour sa part à financer une campagne publicitaire liée aux éco-produits afin de permettre aux consommateurs d'identifier les produits et les magasins concernés.

³⁹ La délibération n°62 du 2 juin 2010 portant réglementation générale des prix

⁴⁰ Sur la base de l'accord du 29 juillet 2010 signé avec les professionnels et de l'arrêté n° 2010-2715/GNC du 3 août 2010 fixant les prix de certains produits de première nécessité et de grande consommation

49. Les tarifs de l'électricité, sont réglementés depuis 1996⁴¹. Selon le rapport pour la commission de « *la vie chère* » du congrès, ce cadre réglementaire permet une stabilité tarifaire mais a impliqué un décrochage des tarifs administrés en Nouvelle Calédonie par rapport au marché mondial.
50. En ce qui concerne le gaz, la situation est la suivante : il n'existe qu'un importateur de gaz (GPL) en Nouvelle Calédonie, Total Pacifique. Cet opérateur distribue et commercialise ce produit, dont les tarifs sont encadrés. Sont fixés un prix maximum de cession aux revendeurs ainsi que le prix maximum de vente au détail. Ces prix « *maxima* » sont déterminés en fonction des différents éléments entrant dans la composition du prix du gaz.
51. Les loyers sont également encadrés : si le prix du loyer est libre, l'augmentation annuelle ne peut pas dépasser un certain taux de référence, donné par un indice, soit l'indice du bâtiment de Nouvelle Calédonie⁴² soit l'indice de révision des loyers (IRL) de Nouvelle Calédonie qui est basé sur l'index du bâtiment et l'indice des prix à la consommation⁴³. En 2007, les loyers de l'ensemble des baux ont été bloqués pour un an. Puis en 2008 les loyers ne pouvaient être revalorisés de plus de 50% de la variation de l'IRL et en 2009 de plus de 75%. Depuis 2010, l'IRL peut à nouveau être intégralement pris en compte dans la revalorisation.
52. En Nouvelle-Calédonie, il existe un monopole d'importation du tabac⁴⁴ au profit de trois sociétés importatrices. La Régie locale des tabacs⁴⁵, est, quant à elle, chargée de gérer la vente de tabac auprès des détaillants. La seule condition pour être habilité à vendre des produits du tabac au détail est de disposer d'une patente de commerçant⁴⁶. Le prix du tabac est réglementé. Le Congrès⁴⁷ fixe le prix du tabac sur proposition du Gouvernement. Les prix des paquets de cigarettes sont équivalents à ceux de métropole.

⁴¹ Délibération modifiée n° 25 du 19 juillet 1996 et arrêté n° 2008-5289/GNC du 12 novembre 2008

⁴² Pour les baux d'habitation signés entre le 1^{er} août 1985 et le 31 décembre 2006 ainsi que ceux signés avant août 1985 et dont la 1^{ère} période de renouvellement par tacite reconduction se réalisait après août 1985,

⁴³ Pour les baux d'habitation signés à compter du 1^{er} janvier 2007 et ceux antérieurs à cette date dont la 1^{ère} période de renouvellement par tacite reconduction se réalisait après le 1^{er} janvier 2007

⁴⁴ L'organisation du monopole en matière d'importation du tabac est fixée par l'arrêté n° 83-586/CG du 6 décembre 1983, modifié par l'arrêté n° 4429-T du 18 novembre 1994.

⁴⁵ Régie qui un service de la Direction des Services Fiscaux institué par l'arrêté n° 903-T du 1er mars 1995,

⁴⁶ Cependant, cette disposition n'est pas toujours respectée, notamment dans les zones les plus isolées où ce sont les importateurs de tabac eux-mêmes qui délivrent les cigarettes, échappant ainsi au contrôle et à la vigilance de l'institution en charge.

⁴⁷ Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie fixe les prix du tabac en vertu des dispositions suivantes :
 - décret du 17 octobre 1916 approuvant partiellement la délibération du conseil général des 31 juillet, 2 et 3 août 1915 relative à l'institution du monopole des tabacs en Nouvelle-Calédonie
 - Loi du pays n° 2001-14 du 13 décembre 2001 instituant une taxe sur les alcools et les tabacs en faveur du secteur sanitaire et social.

- Délibération modifiée n° 293 du 14 janvier 1992 réglementant les prix de vente des tabacs, cigares et cigarettes.

Le code des impôts et les arrêtés suivants définissent les modalités d'application (article R.720 E du code des impôts de NC et arrêté modifié n° 1983-586/CG du 6 décembre 1983 réformant l'organisation et le fonctionnement de la régie locale des tabacs et arrêté modifié n° 2002-2581/GNC du 29 août 2002 fixant les attributions et portant organisation de la direction des services fiscaux de la Nouvelle-Calédonie.

La réglementation des carburants

53. La Nouvelle Calédonie règlemente aussi le prix des carburants. En effet, en matière d'énergie et d'hydrocarbures (production, approvisionnement, réglementation, encadrement des prix.. etc.), la compétence relève de la collectivité de Nouvelle Calédonie. Seul, le contrôle des stocks stratégiques est de la compétence de l'Etat.
54. La Nouvelle Calédonie ne dispose pas de raffinerie et le carburant est importé de Singapour. L'approvisionnement est géré par 3 sociétés pétrolières : Total Pacifique, Mobil et la société des services pétroliers (ex Shell). Celles-ci se regroupent pour faire venir le produit (cargo affrété) et le stocker à Nouméa.
55. Un arrêté du gouvernement fixe les différents postes de la structure tarifaire, le prix public étant révisé mensuellement. La structure de prix aboutit à fixer un prix maximum tant pour les grossistes que pour les détaillants⁴⁸. Ce prix comprend le prix CAF⁴⁹ (coût, assurances, fret) ; les taxes douanières, avec une partie fixe et une partie variable⁵⁰; le « *produit d'activité grossiste*⁵¹ » ; la « *variable de péréquation*⁵² » ; le « *produit d'activité détaillants* »⁵³.

D. LA MISE EN ŒUVRE DES TEXTES : LE CONTROLE DE LA CONCURRENCE EXERCE PAR LA DIRECTION DES AFFAIRES ECONOMIQUES

56. C'est la direction des affaires économiques qui est chargée d'appliquer les textes en matière de pratiques anticoncurrentielles, de pratiques restrictives de concurrence et de réglementation des prix et des professions commerciales.
57. La direction des affaires économiques est constituée de 40 agents. Trois services composent cette direction. Le premier service est celui de la consommation et des professions réglementées. Le deuxième service est celui des études économiques. Le

La dernière révision des tarifs a été adoptée par arrêté n° 2012-1031/GNC du 9 mai 2012 relatif à l'autorisation de vente des tabacs à rouler Royale et des cigarettes West et fixant les prix de vente en gros et C'est la DAE qui assure le contrôle de l'application de ces dispositions chez tous les revendeurs au détail (épiceries, tabacs-journaux, stations services, GMS, ...).

⁴⁸ Le prix maximum au détail est de fait interprété comme un prix imposé.

⁴⁹ Prix à l'arrivée en Nouvelle Calédonie, calculé sur la base des factures transmises par les importateurs (moyenne pondérée) et sur les déclarations en douane, sur un mois donné

⁵⁰ La partie variable étant proportionnelle au prix CAF dans la limite de 1 %. Au total, les taxes douanières représentent le tiers du prix de vente au détail pour le super et 17,5 % pour le gazole

⁵¹ Qui correspond à la rémunération attribuée aux compagnies pétrolières pour leur activité de stockage et de distribution. Cette rémunération est actualisée mensuellement sur la base d'indices (services, construction, salaires) fournis par l'ISEE (institut des statistiques économiques)

⁵² Dispositif permettant d'appliquer un tarif identique sur tout le territoire, y compris les îles. A partir des coûts réels de livraison de chaque distributeur, des reversements ou perceptions sont calculés par les services du gouvernement ;

⁵³ Qui correspond à la rémunération des gérants de stations services. Celle-ci est actualisée au 1^{er} janvier de chaque année par l'application des indices fournis par l'ISEE

troisième service est le service de la concurrence et de la répression des fraudes. La direction des affaires économique est chargée du secrétariat de la commission d'appels d'offres des marchés publics.

Le contrôle des professions réglementées

58. Le service de la consommation et des professions réglementées (SCPR), exerce ses missions en matière de délivrance d'agrément et de contrôle de l'exercice des professions commerciales réglementées suivantes : agents privés de recherches, agents spéciaux d'assurance, agents immobiliers, agents de voyages et de tourisme, démarcheurs à domicile, coiffeurs, esthéticiennes. Ces professions sont soumises à des conditions d'exercice, notamment d'aptitude professionnelle, d'assurance de leur responsabilité civile professionnelle, de garantie financières. Les agréments sont délivrés aux personnes physiques par arrêté du gouvernement de la NC (agents immobiliers, de voyage et tourisme, spéciaux d'assurance, démarcheurs à domicile), après dépôt et instruction de leur demande par le SCPR. Pour les autres, le contrôle se fait *a priori* par simple dépôt des pièces du dossier au SCPR (obligatoire pour les agents privés de recherches), ou « *a posteriori* » à l'occasion d'un contrôle. D'autres contrôles ont lieu sur les respects des conditions d'exercice de certaines professions : tenue des registres et mandats par exemple pour les agents immobiliers, respect des prix de vente maxima licites pour les produits importés vendus par démarchage à domicile, etc.

Le contrôle en matière de réglementation des prix

59. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, depuis 2010, la DAE surveille les prix de 115 produits. Selon la DAE, les résultats de cette action sont contrastés : le contrôle des prix n'a pas réussi à bloquer tous les prix des produits concernés, dont certains ont continué à augmenter, notamment dans les îles Loyauté. De fait, la direction des affaires économiques (DAE) qui a effectué ces contrôles constate que si à Nouméa, dans le grand Nouméa et à l'intérieur de la grande Terre, 79% et 76% des prix médians ont baissé ou sont restés stables, en revanche, dans les îles Loyauté, seulement 56% des prix médians ont baissé et 44% ont augmenté. Par ailleurs, a semble-t-il été observé un « *détournement* » du dispositif. Ainsi, la DAE remarque-t-elle l'apparition dans les commerces de « *produits de substitution* ». Ainsi, selon la DAE, les tablettes de chocolat Biscochoc de 100 g ne sont quasiment plus présentes dans les rayons, en revanche les tablettes de 75 g qui ne sont pas réglementées, le sont. Enfin, la DAE note également le taux de présence faible de ces produits dans les stations service et boucherie (de 16% à 26%) et les petits commerces (entre 18% et 33%) contre 43% et 75% dans les GMS. Il semble donc que l'opération de contrôle des prix n'ait pas produit les résultats escomptés, notamment en Province Nord et dans les îles Loyauté.
60. Or, cette opération a nécessité d'importants moyens : 12 agents ont été mobilisés, pour contrôler entre une à trois fois la totalité des 311 commerces (toutes superficies confondues), soit 527 contrôles réalisés. Ces contrôles ont conduit à 129 avertissements verbaux, 35 notes d'informations réglementaires, 152 rappels à la réglementation, 43 procès verbaux. Il faut noter qu' « *in fine* », en 2011, une vingtaine de ces procès verbaux ont abouti à une procédure transactionnelle.

Le contrôle en matière de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives de concurrence

61. Le contrôle en matière de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives de concurrence est dévolu au service de la concurrence et de la répression des fraudes, qui

comme son nom l'indique, s'occupe aussi de répression des fraudes et du contrôle de la qualité. Constitué de 7 agents assermentés (3 inspecteurs et 4 contrôleurs), il comprend deux bureaux, le bureau de la qualité, sécurité et de la répression des fraudes (4 agents) et le bureau spécifiquement chargé de la concurrence (3 agents). Le premier bureau est chargé de la vérification du respect des règles applicables à la fabrication ou relatives à l'étiquetage des denrées alimentaires et des produits industriels. Quant au bureau chargé de la concurrence, il a pour mission de vérifier l'application des règles relatives aux pratiques commerciales (règles de facturation et délais de paiement, coopération commerciale, rupture des relations commerciales) mais aussi aux pratiques anticoncurrentielles.

62. En pratique, l'action du bureau de la concurrence est principalement orientée vers le contrôle des pratiques commerciales (notamment le contrôle de la fausse coopération commerciale) et celui du respect des règles de facturation entre professionnels ainsi que des délais de paiement. En effet, conformément à la volonté du gouvernement, l'accent a été mis sur les relations entre les entreprises de la grande distribution et leurs fournisseurs. Après l'adoption de la délibération relative aux remises différées en 2010, un groupe de travail a été créé au sein de la commission consultative des pratiques commerciales et le bureau de la concurrence a assuré le secrétariat de ce groupe de travail.
63. Si des dossiers contentieux ont bien été réalisés en matière de pratiques restrictives de concurrence, débouchant pour certains sur des sanctions, en revanche aucun dossier n'a pour l'instant abouti en matière de pratiques anticoncurrentielles. Il faut signaler que le bureau chargé de la concurrence a largement participé au contrôle des prix des produits réglementés (produits Oké).

II. Les pistes de réflexion

64. Comme l'indique la lettre de mission, le présent rapport doit proposer des solutions ou des pistes de réflexions, compte tenu du contexte calédonien, pour l'organisation de structures de contrôle des règles en matière de concurrence. Il semble cependant que les solutions proposées doivent envisager à la fois le type d'organisme ou de structure qui appliquerait les règles en matière de concurrence et les règles elles-mêmes ainsi que leur sanction.
65. La question de l'organisme ou de la structure qui serait chargée de l'application des règles en matière de concurrence conduit à poser la question de la création d'une autorité de concurrence locale, en Nouvelle-Calédonie.
66. En Nouvelle-Calédonie, ainsi que cela a notamment été exposé « *supra* », l'économie est largement protégée de la concurrence et elle est aussi largement administrée, puisque les prix de nombreux produits sont réglementés. Créer une autorité de la concurrence pour réguler la concurrence a-t-il un sens lorsque l'absence de concurrence résulte d'abord de barrières tarifaires ou de contingentements ou d'une réglementation des prix ? Le maintien d'une réglementation des prix est-il compatible avec l'instauration d'un contrôle de la libre concurrence ? Il convient donc de se pencher au préalable sur la question de la réglementation des prix en Nouvelle-Calédonie.

A. LA QUESTION DE LA REGLEMENTATION DES PRIX

67. Face à un constat de prix élevés, pouvant avoir pour origine une absence de concurrence, la solution souvent proposée est celle d'une réglementation des prix pour en juguler les hausses et empêcher ainsi toute dérive inflationniste.
68. Toutefois, comme l'a rappelé l'Autorité dans l'avis⁵⁴ « DOM » :
« Une solution souvent préconisée [pour les DOM] serait de réglementer les prix, notamment ceux des denrées dites essentielles⁵⁵. Indépendamment des ressources humaines importantes qui seraient nécessaires à la mise en œuvre d'un tel dispositif sur plusieurs marchés distincts de produits, le contexte spécifique des marchés domiens rend une telle solution peu réaliste. Le risque d'une définition erronée des prix de vente, de revente ou des marges s'avère en effet trop élevé, compte tenu de la complexité des circuits d'approvisionnement, de la multiplicité des intermédiaires et de la diversité des produits ».
69. Ainsi, selon l'Autorité de la concurrence, la réglementation des prix des produits alimentaires et des denrées essentielles n'est pas une bonne solution, compte tenu des ressources nécessaires pour la contrôler, mais aussi et surtout en raison de la difficulté de déterminer de façon appropriée le prix de vente des produits qui seront réglementés par les pouvoirs publics. Et une détermination des prix erronée peut produire des effets pervers, notamment dans le cas où ce prix aurait été fixé à un niveau de prix trop élevé, en créant une rente au profit des différents acteurs de la chaîne de production et de distribution et au détriment du consommateur.
70. Par ailleurs, en Nouvelle Calédonie, ainsi que l'a souligné la DAE, la fixation d'un prix en valeur absolue pourrait désavantager les distributeurs de petite taille ou ceux qui ne sont pas situés dans le grand Nouméa. Ceux-ci ont des coûts supplémentaires de distribution par rapport aux distributeurs de plus grande taille, situés dans le grand Nouméa, mais dont les prix, réglementés, sont les mêmes. Dans ce cas, la répartition de la marge entre l'importateur et le distributeur, situé en dehors du grand Nouméa, pourrait se faire au détriment de ce dernier qui pourrait ne pas couvrir ses coûts, coûts incluant le transport jusqu'au magasin. La situation, en Nouvelle Calédonie, ressemble beaucoup à celle qui existe dans les DOM pour la fixation du prix de détail du carburant (prix à la pompe), où de grandes disparités de situations⁵⁶ existent entre les locataires gérants des stations services eux-mêmes, et entre ceux-ci et les exploitants indépendants. Ces différences de situations conduisent les pouvoirs publics à la fixation d'un prix au détail élevé, afin d'éviter la faillite des locataires gérants qui sont dans une situation difficile, compte tenu de la structure de leurs coûts. Ce prix élevé, fixé réglementairement, a pu avoir pour

⁵⁴ Avis 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer

⁵⁵ Certaines des réglementations de prix toujours en vigueur dans les DOM sont tombées en désuétude. C'est par exemple le cas du ciment (modification de la production) et de la farine (disparition du monopole) en Martinique.

⁵⁶ Disparités qui sont liées à leur statut, soit indépendant soit locataire-gérant. Dans le 1^{er} cas, la compagnie pétrolière verse une redevance au propriétaire de la station (+remises sur le prix du carburant) dans le second cas ce gérant doit verser une redevance à la compagnie pétrolière.

résultat de créer une rente pour les indépendants, dont le prix de vente est le même que celui des locataires gérants, mais qui sont dans une situation plus confortable, puisqu'ils perçoivent une redevance de la compagnie pétrolière au lieu d'en verser une à ces dernières, comme les locataires gérants.

71. Compte tenu de ces inconvénients, le système de « *liberté surveillée* » paraît préférable à un système de contrôle des prix, susceptible de générer des distorsions de concurrence entre les provinces. Au surplus, la réglementation des prix est un système lourd à gérer et qui doit mobiliser un grand nombre d'agents pour son contrôle.
72. Dans ce cadre de la liberté surveillée, des accords de modération de marge pourraient être signés entre le gouvernement de Nouvelle Calédonie et les professionnels, à l'image des accords de juin 2004 qui ont conduit à un ralentissement de la hausse des prix sur les produits alimentaires, avec le maintien de la liberté des prix⁵⁷.
73. En effet, comme l'a rappelé l'Autorité dans l'avis « *DOM* » « *la réglementation des prix doit demeurer une mesure exceptionnelle, décidée vis-à-vis de secteurs clairement identifiés et visant des problèmes de tarification ou d'approvisionnement précis* ».
74. De fait, en Nouvelle Calédonie, cette réglementation ne devrait concerner que certains produits spécifiques, comme l'électricité, le gaz ou le carburant, où les situations de monopole en amont et/ou en aval pourraient imposer une dérogation à la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence.

B. LA QUESTION SPECIFIQUE DE LA REGLEMENTATION DES PRIX DES CARBURANTS

75. S'agissant des carburants, pour lesquels il existe une situation spécifique en Nouvelle Calédonie (monopole d'importation octroyé à trois sociétés importatrices) justifiant la réglementation des prix, les enseignements tirés de l'analyse de la situation dans les DOM⁵⁸ et exposés dans les avis⁵⁹ de l'Autorité rendus sur les projets de décret

⁵⁷ Les marges arrière étant tenues pour responsables de l'inflation des produits de grande consommation, en particulier dans le domaine alimentaire, le ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, a réuni le 3 juin 2004 les opérateurs concernés par la filière de la grande distribution. Le 17 juin suivant, un engagement pour une baisse durable des prix à la consommation a été pris par les principaux représentants de l'industrie et du commerce, en présence d'organisations d'agriculteurs et de consommateurs. Cet engagement prévoyait une baisse des prix en moyenne de 2 % sur les produits de marque des grands industriels dès septembre 2004, cet effort se traduisant par une baisse des tarifs des fournisseurs et une diminution des marges arrière consenties aux distributeurs. En outre, en 2005, les marges arrière devaient être gelées à leur niveau de 2004 et réduites d'un point par transfert sur facture. S'agissant de la législation existante, que d'aucun tiennent pour responsable du développement des marges arrière, une commission d'experts devait être désignée afin de proposer les mesures appropriées pour faciliter les relations entre fournisseurs et distributeurs, renforcer les mécanismes de concurrence par les prix et permettre la baisse des prix des produits de grande consommation. La réduction observée dans la grande distribution à la mi-novembre 2004 s'établissait à moins 1,57 %.

⁵⁸ Avis 09-A-21 relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer

réglementant les prix des produits pétroliers, devraient pouvoir profiter à la Nouvelle Calédonie.

76. En effet, il apparaît que la situation en Nouvelle Calédonie est la même que dans les DOM. Les prix des carburants à la pompe à Nouméa et dans les îles sont moins élevés qu'en métropole. Mais la raison de cette différence favorable au consommateur, réside dans le fait que les taxes prélevées sur la vente de ces produits sont moins élevées. Ainsi en Nouvelle Calédonie, en 2009, ces taxes représentaient seulement 33,4 % du prix TTC du SSP et 17,3 % du prix TTC du gazole⁶⁰. Or en 2010, en métropole, ces taxes⁶¹ représentaient, 61 % du prix TTC du SSP 95 et 54 % pour le gazole, soit plus du double qu'en Nouvelle Calédonie.
77. Ceci veut dire qu'en réalité, le prix hors taxe des carburants est plus élevé qu'en métropole. Or, la part la plus importante de ce prix hors taxe est celle du prix de la ressource (le carburant), puisque les coûts de stockage et de transport (marge de gros) jusqu'aux stations-services et les coûts de distribution (marge de détail) ne représentent qu'un tiers de ce prix hors taxe.
78. Afin de réduire le montant de ce prix hors taxe, puisque le prix de la ressource (le carburant) représente une part très importante de ce prix (65,1 % pour le SSP et 66,2 % pour le gazole en 2009), il est suggéré d'utiliser la même méthode que celle qui permet de calculer le prix des carburants dans les DOM. Cette méthode s'attache notamment à introduire plus de transparence dans la détermination du prix de la ressource, à savoir le prix CAF du carburant.
79. Une des pistes de réflexion serait donc de proposer, pour déterminer ce prix CAF en Nouvelle Calédonie, la même méthode que celle utilisée dans les DOM, c'est-à-dire de ne plus se fonder sur les factures transmises par les importateurs puis de calculer une moyenne pondérée du prix « rendu à Nouméa », ce qui est la méthode actuelle, mais d'utiliser l'index de cotation de référence (en l'occurrence MOPS de Singapour) qui serait augmenté des coûts d'assurance et de fret. Cette méthode permettrait d'éviter que ne soit incluse dans ce premier élément de calcul du prix la « marge amont » de la compagnie pétrolière et résultant de la différence entre le prix d'achat réellement payé et ce prix d'achat facturé à la filiale locale et qui n'a pas à figurer dans ce prix CAF, pour la détermination d'un prix réglementé.
80. Cette méthode devrait permettre de réduire le prix hors taxe des carburants au niveau de celui de la métropole et de donner le choix à la Nouvelle Calédonie d'augmenter le niveau des taxes, sans que cette augmentation se traduise forcément par une augmentation du prix TTC à la pompe.
81. Compte tenu de ces observations sur la réglementation des prix, qui est souvent difficile à appliquer et à contrôler, et donc potentiellement inefficace, et qui doit par conséquent

⁵⁹ Avis 10-A-03 et Avis 10-A- relatifs à deux projets de décret réglementant les prix des produits pétroliers et du gaz de pétrole liquéfié dans les départements d'Outre-mer

⁶⁰ Source : annexe du rapport sur la fixation des prix des carburants dans les départements d'Outre mer - IGF - mars 2009 - En Nouvelle Calédonie, les taxes douanières comportent une partie fixe et une partie variable, cette dernière étant proportionnelle au prix CAF dans la limite de 1 %.

⁶¹ Source « carburant cher, un mal nécessaire ? Dans Problèmes économiques - 25 avril 2012 »

demeurer cantonnée à des secteurs limités en nombre, il est préférable de ne pas contrôler les prix mais plutôt d'instaurer une régulation de la concurrence. En Nouvelle Calédonie, cette régulation apparaît d'autant plus nécessaire que certains secteurs sont très concentrés. Il est donc proposé de renforcer le contrôle de la concurrence en Nouvelle Calédonie, compte tenu des faiblesses du dispositif actuel, et notamment de l'absence de contrôle des opérations de concentration et des lacunes constatées du dispositif pour les sanctions des pratiques anticoncurrentielles.

C. QUEL TYPE DE CONTROLE EN MATIERE DE CONCURRENCE ?

82. Le renforcement du contrôle de la concurrence pose la question du texte applicable. Afin de faire respecter le libre jeu de la concurrence, il est en effet nécessaire de disposer d'un texte qui permette d'opérer un contrôle du fonctionnement du marché après qu'il y soit porté atteinte, c'est-à-dire *ex post*, par la sanction des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi avant qu'il y soit porté atteinte, c'est à dire *ex ante*, par le contrôle des opérations de concentration.
83. Or, en Nouvelle Calédonie, la délibération n°14 du 6 octobre 2004 ne prévoit rien s'agissant du contrôle des concentrations. Il n'existe donc pas de disposition relative à ce contrôle, même si la délibération n°2009-669 donne compétence au gouvernement de Nouvelle Calédonie pour le faire.

Le contrôle des opérations de concentrations

a) Nécessité d'un contrôle des concentrations

84. Le contrôle des concentrations est donc essentiel pour prévenir la constitution ou le renforcement, par fusion ou acquisition, d'une position dominante sur un marché donné.
85. Or, en Nouvelle Calédonie, ainsi qu'il a été constaté⁶² plusieurs secteurs sont très concentrés et font craindre l'existence de positions dominantes, notamment dans le secteur de la grande distribution. Ainsi, dans le grand Nouméa, deux groupes, le groupe Bernard Hayot et le groupe Kénu-In disposent de plus de 80% de parts de marché en surfaces de vente. Il est donc nécessaire pour la Nouvelle Calédonie, de disposer d'un texte relatif aux contrôle des opérations de concentration.

b) Champ d'application du contrôle des opérations de concentration

86. De quoi s'agit-il ? Le contrôle des opérations de concentration analyse « *a priori* » les conséquences potentielles du rapprochement de plusieurs entités antérieurement indépendantes. Il s'agit d'une analyse prospective du fonctionnement du marché, sur lequel sont placées les entreprises qui vont fusionner. Ce contrôle suppose de définir ce qu'est une opération de concentration. La définition traditionnelle est la suivante : une opération de concentration est réalisée lorsque deux entreprises antérieurement indépendantes

⁶² Voir rapport relatif au mécanisme d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie

fusionnent, lorsqu'elles créent une entreprise commune ou lorsque une entreprise prend le contrôle d'une ou de plusieurs autres.

c) La question des opérations de croissance interne

87. Il faut noter que la définition des opérations de concentration présentée « *supra* » ne vise que les opérations de croissance externe (fusion, prise de contrôle...) et non pas les opérations de croissance interne, c'est-à-dire les créations de magasins.
88. En Nouvelle Calédonie, le contrôle de ce type d'opération de création d'une grande surface commerciale ressortit à la compétence des provinces. En effet, pour la Province Nord, comme pour la Province Sud, les créations ou agrandissement de magasins, au de-là d'un certain seuil (300 m² au Sud et 500 m² au Nord), sont soumis, avant l'octroi du permis de construire, à l'autorisation du président de l'assemblée de province après avis de la commission provinciale d'urbanisme commercial⁶³.
89. Toutefois, il existe actuellement un contentieux sur la compétence des provinces pour examiner ces opérations sous l'angle de la concurrence⁶⁴. Le contentieux est actuellement pendant devant le tribunal administratif de Nouméa. Dans l'hypothèse où le tribunal administratif déciderait que le contrôle de la Province et des commissions d'urbanisme devrait être limité aux seules questions d'urbanisme, se poserait alors la question du contrôle des opérations de croissance interne au regard de la concurrence qui ne serait plus assuré.

d) Déclenchement du contrôle : quels seuils pour le contrôle en Nouvelle Calédonie ?

90. S'agissant des opérations de concentration opérées par croissance externe, en métropole, le code de commerce détermine des seuils en chiffres d'affaires. Ces seuils déterminent l'obligation de notification de l'opération auprès de l'Autorité de la concurrence. Des seuils spécifiques, plus bas, sont cependant prévus pour les opérations de concentration dans le secteur de la distribution de détail (alinéa 2 de l'article L.430-2 du Code de commerce) mais également pour les opérations concentrations dont l'une des parties exerce son activité dans les DOM.
91. En Nouvelle Calédonie, la notification pourrait être faite auprès de la DAE. Les seuils déclenchant le contrôle pourraient être en chiffres d'affaires et être identiques à ceux

⁶³La procédure est la même, même si le noms des commissions changent : commission provinciale d'urbanisme commercial (CPUC) pour la province sud et comité d'aménagement et d'urbanisme de la province Nord (CAUPN) pour la province nord.

⁶⁴ En effet, les provinces se prononcent au regard de critères relatifs à la concurrence. La province Sud examine l'opération au regard des critères suivants : (i) l'impact du projet sur l'équilibre entre les différentes formes de commerce de la zone de chalandise, dans l'agglomération du Grand Nouméa et la province Sud, 5 (...); (ii) les conditions d'une concurrence effective au sein du commerce dans la zone de chalandise, l'agglomération du Grand Nouméa et la province Sud, en prenant en compte l'existence éventuelle d'une position dominante d'un groupe ou d'une enseigne ; (iii) l'impact du projet en termes d'emplois salariés ou non salariés ; (iv) l'impact du projet sur les conditions de circulation, de stationnement et de livraisons ». S'agissant de la province Nord, la délibération n°54-2005/APN ne précise pas les critères sur la base desquels le CAUPN et la président de l'assemblée de province se prononcent, le demandeur devant néanmoins fournir une étude d'impact commercial.

actuellement prévus pour les DOM. Ainsi, il est proposé que soient soumis au contrôle les opérations de concentration lorsque :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 10 milliards de FCFP (75 millions d'euros) ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 1,7 milliards de FCFP soit 15 millions d'euros.

92. Dans le secteur de la grande distribution, il est admis que les seuils doivent être plus bas compte tenu du chiffre d'affaires des magasins, qui, bien qu'inférieurs à ceux observés pour des entreprises actives dans d'autres secteurs, peuvent être de nature à conférer à une enseigne une position dominante dans une zone de chalandise donnée. De fait, en 2008, la LME⁶⁵ a abaissé le seuil des opérations de concentration dans le secteur de la grande distribution à 15 millions d'euros. Au cas d'espèce, le chiffre d'affaires au m² des magasins à dominante alimentaire est d'environ 12 400 euros. Un chiffre d'affaires de 7,5 millions d'euros correspond donc à un magasin de 600 m². La majorité des magasins recensés sur la zone de Nouméa ont une surface supérieure à ce seuil. En appliquant les mêmes critères que ceux retenus par le Conseil dans l'avis 07-A-12, les seuils pour les opérations de concentration dans le secteur de la distribution en Nouvelle Calédonie, devraient être effectivement plus bas et contrôler des opérations dont :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 10 milliards de FCFP (75 millions €) ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 7,5 millions d'euros.

93. Une telle disposition (le seuil de 7,5 millions € est celui actuellement retenu dans les DOM pour le commerce de détail) viserait ainsi à prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise (autour de Nouméa) où la grande distribution est déjà très concentrée, en permettant d'examiner des opérations de rachat de magasins qui, compte tenu des seuils de chiffre d'affaires prévus par le droit commun des concentrations, échapperaient autrement à son contrôle.

e) La procédure de contrôle des opérations de concentration

94. Dès lors qu'elle satisfait aux critères, l'opération de concentration devra être notifiée avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du

⁶⁵ Sur la base de l'opinion du Conseil de la Concurrence dans l'avis 07-A-12 qui précisait que « le chiffre d'affaires moyens des magasins de 400m² et plus était en 2004 de 5,9 millions d'euros et que ce chiffre pouvait néanmoins conduire à une position dominante »

dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique.

95. La question qui se pose à ce stade est celle de l'obligation ou non de notifier les opérations de concentration. Dans l'hypothèse où serait décidé un système d'une notification obligatoire, il pourrait être prévu une modalité d'acceptation tacite pour les opérations ne présentant pas de problème pour la concurrence.
96. La procédure serait ainsi la suivante :
- notification au gouvernement ; (départ du délai de 25 jours ouvrés si la notification est complète) ;
 - transmission du dossier aux services de la DAE ;
 - instruction par les services de la DAE.
 - avis de la DAE :
 - inapplicabilité du contrôle : l'opération n'entre pas dans le champ du contrôle ;
 - autorisation sans condition ;
 - autorisation sous réserve d'engagements pris par les parties (dans ce cas, des délais supplémentaires pour l'instruction de l'affaire pourraient être prévus) ;
 - doute sérieux d'atteinte à la concurrence et demande un examen approfondi.
 - transmission de l'avis au gouvernement.
 - décision du gouvernement sur la base de l'avis rendu par la DAE :
 - soit autorisation avec ou sans engagements ;
 - soit demande d'un examen approfondi (phase 2). Dans cette hypothèse, serait réalisé un test de marché puis demandé l'avis de l'autorité locale de la concurrence (cf. infra), avis qui serait ensuite transmis au gouvernement.
 - Le gouvernement prendrait ensuite une décision motivée fondée sur l'avis soit :
 - d'une autorisation sans conditions ;
 - d'une autorisation avec engagements ;
 - d'un refus.
 - enfin, le recours possible contre la décision du gouvernement serait possible devant le juge administratif.

f) Sanctions

97. Par ailleurs, des sanctions devraient être prévues en cas d'absence de notification et en cas de délivrance d'informations inexactes ou incomplètes lors de la notification ou lors de l'instruction du dossier relatif à l'opération de concentration. En outre, des sanctions pourraient être envisagées pour les entreprises qui ne respecteraient pas les engagements proposés.
98. Outre des amendes, pourraient être également envisagées de mesures structurelles, c'est à dire des cessions d'actifs, pour le cas échéant revenir à la situation antérieure, c'est-à-dire à l'opération de concentration.

g) *La question des injonctions structurelles*

99. Le contrôle des concentrations ne peut agir que sur les opérations à venir. Compte tenu du degré de concentration déjà atteint dans certains secteurs en Nouvelle Calédonie, et au premier chef dans la distribution alimentaire, il pourrait être nécessaire d'aller plus loin et de prévoir des actions structurelles - par exemple des cessions d'actifs (magasins) - à l'encontre d'opérateurs en situation de position dominante sur certaines zones de chalandise.
100. Depuis la loi LME, le code de commerce ouvre la possibilité juridique à l'Autorité de la concurrence d'imposer des injonctions structurelles dans le secteur du commerce de détail⁶⁶. Cependant, ce pouvoir est subordonné à des conditions extrêmement difficiles à satisfaire : d'une part, la constatation d'un abus de position dominante ou de dépendance économique, d'autre part et surtout la persistance de l'abus malgré une décision de l'Autorité condamnant ce dernier. L'Autorité de la concurrence, dans son rapport annuel 2010, a souligné les limites de ce pouvoir d'injonction structurelle prévu à l'article L 75-226 du code de commerce : « *le standard prévu par la loi, qui réserve de telles injonctions aux cas – a priori extrêmement rares – où l'opérateur poursuit son abus après une première condamnation, rend cet outil quasiment inapplicable en pratique. Les conditions d'un recours plus effectif à cet outil seraient souhaitables, dans la mesure où la contrepartie aux pouvoirs de certains acteurs ne réside pas dans une « sur-réglementation » du secteur mais plutôt dans un contrôle structurel abouti* ».
101. En l'état, cette disposition ne permet donc pas à l'Autorité de la concurrence d'agir sur la structure de marché et de remédier à la concentration élevée du marché constatée sur une ou plusieurs zones de chalandise. Toutefois, des dispositions législatives permettant à une autorité nationale de concurrence, lorsque la situation de la concurrence le rend nécessaire et au terme d'un débat contradictoire approfondi, d'enjoindre à des entreprises de revendre des actifs à des concurrents existe dans d'autres pays, notamment au Royaume-Uni et, plus récemment, en Grèce. Le débat est également ouvert en Allemagne. Ce pouvoir d'injonction structurelle, qui devrait offrir des garanties procédurales fortes, apparaît comme le moyen le plus efficace d'agir sur la structure de marché au bénéfice du consommateur. Contrairement à des mesures de régulation des prix ou des marges, elle ne nécessite pas que des efforts de surveillance des marchés supplémentaires soient mis en place. Surtout, en modifiant à brève échéance la structure du marché dans le sens d'une plus grande diversité des groupes de distribution présents sur des zones de chalandise

⁶⁶ L'article L. 752-26 du code de commerce prévoit en effet qu'« *en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, l'Autorité de la concurrence peut procéder aux injonctions et aux sanctions pécuniaires prévues à l'article L. 464-2. Si les injonctions prononcées et les sanctions pécuniaires appliquées n'ont pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante ou à l'état de dépendance économique, l'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui a permis ces abus. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder à la cession de surfaces, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée* ».

concentrées, une injonction de cessions de magasins accroîtrait rapidement la pression concurrentielle sur les opérateurs et modifierait ainsi leurs comportements de prix ou d'assortiment dans le sens souhaité par les consommateurs.

102. En Nouvelle Calédonie, compte tenu d'une part de la situation de la grande distribution, qui est très concentrée dans la zone de grand Nouméa, et en cas de constat de l'absence de changement rapide de la situation, c'est-à-dire en l'absence d'entrée prévisible à court terme d'un nouvel acteur sur ce marché, il pourrait être envisagé, de prévoir un tel pouvoir d'injonction structurelle. C'est d'ailleurs ce qu'envisage le gouvernement français pour les départements et collectivités d'outre mer dans un projet de loi en cours d'examen au parlement.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

103. La délibération n°14 du 6 octobre 2004 définit les infractions anticoncurrentielles, mais ne définit pas de sanctions administratives pour les sanctionner, à la différence des pratiques commerciales abusives, visées à l'article 77 de la délibération précitée et qui peuvent se voir infliger une sanction de ce type, prévues à l'article 77-1 du même texte. De plus le texte prévoit, pour les pratiques commerciales, une procédure contradictoire, qui consiste pour les services d'enquête à rédiger un rapport, qui est ensuite envoyé à la partie mise en cause qui peut y répondre dans un délai d'un mois.

a) Procédure contentieuse

104. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, il serait nécessaire de mettre en place un dispositif similaire à celui existant pour les pratiques commerciales. Ce type de procédure est encore plus indispensable pour les pratiques anticoncurrentielles, compte tenu de la spécificité et de la technicité de l'analyse et de la qualification de ces pratiques. En effet, pour qualifier des pratiques anticoncurrentielles, il faut d'abord faire une analyse de ces pratiques sur un plan juridique, mais en prenant en compte un contexte économique donné. L'analyse de ce contexte est très importante, car elle détermine la qualification des pratiques. Cette qualification doit en outre se référer à la jurisprudence, car les textes applicables en droit de la concurrence sont très généraux et se contentent de prohiber ententes et abus de position dominante.
105. Ainsi, il paraît essentiel que les dossiers relatifs à des pratiques anticoncurrentielles, soient instruits de manière approfondie et surtout contradictoire. Il faudrait donc modifier le texte de la délibération n°14, puisque rien n'existe actuellement dans le texte en ce sens.
106. Par ailleurs, comme pour les pratiques commerciales, il serait utile de prévoir un dispositif de sanction administrative, qui interviendrait au terme de cette procédure contradictoire.

b) Sanctions

107. Pour les pratiques anticoncurrentielles, il faudrait prévoir des sanctions administratives pour ces pratiques anticoncurrentielles. Ces sanctions seraient de plusieurs types :
- des sanctions pécuniaires qui correspondraient à un pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise ;
 - des injonctions : publication de la décision, modification de clauses contractuelles, etc.

c) Procédures non contentieuses

108. A côté de la procédure contradictoire aboutissant à la qualification d'infraction anticoncurrentielle et la sanction de celle-ci, il est proposé d'adopter, en Nouvelle

Calédonie, un autre type de procédure qui est un type de procédure négociée dénommé procédure d'engagements.

109. L'objet de cette procédure est d'obtenir de la part d'une entreprise, sur une base volontaire, la cessation de pratiques ou le changement d'une situation ayant soulevé des préoccupations de concurrence. Cette procédure serait particulièrement bien adaptée en Nouvelle Calédonie, car elle permet d'obtenir des résultats rapides avec peu de moyens.

d) La procédure d'engagements

110. La procédure d'engagements comporte plusieurs phases. Elle débute par « *une évaluation préliminaire* » qui se caractérise par son absence de formalisme. Cette évaluation préliminaire exprime « *les préoccupations de concurrence* » que le rapporteur a pu constater après un examen approfondi de l'affaire. A réception de cette évaluation, l'entreprise propose des engagements destinés à répondre à ces préoccupations de concurrence.
111. Les propositions d'engagements formulés par l'entreprise en cause font l'objet d'un « *test de marché* » qui consiste à publier ces engagements (sur Internet) et à demander aux tiers de donner leurs commentaires sur ces engagements, au vu de l'évaluation préliminaire réalisée.
112. Ensuite, est programmée une séance de l'Autorité de la concurrence, au cours de laquelle sont examinés les engagements et prise la décision d'acceptation d'engagements. Il faut signaler que les engagements doivent être pertinents, crédibles et vérifiables. Ensuite la décision rend obligatoire les engagements et la procédure est close.
113. Cette procédure pourrait constituer un instrument utile en Nouvelle Calédonie. Toutefois, dans la mesure où une commission de la concurrence néo-calédonienne serait, au moins dans un premier temps, purement consultative, elle ne pourrait pas prendre de décision constatant ces engagements. En revanche, elle pourrait prendre acte des engagements de l'entreprise, à l'occasion d'une séance ; ceux-ci pouvant être rendus obligatoires par le gouvernement néo-calédonien.

Les pratiques commerciales restrictives

114. En ce qui concerne les pratiques restrictives, il apparaît que le texte qui les définit et les sanctionne doit être modifié, compte tenu des évolutions doctrinales en métropole et qui ont conduit à des modifications législatives introduites par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008. Le présent rapport renvoie sur ce point aux recommandations du rapport relatif au mécanisme d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie.

D. QUELLES STRUCTURES DE CONTROLE DE LA CONCURRENCE ?

115. Avant de s'intéresser à la question des moyens financiers et humains qui devraient être consacré à ce contrôle et d'évaluer quel type de système serait le mieux adapté, il convient d'examiner la possibilité juridique de créer une autorité de la concurrence, compte tenu du contexte institutionnel de la Nouvelle Calédonie.

Possibilité juridique de créer une autorité de la concurrence

116. La question de la possibilité juridique de créer une autorité de concurrence en Nouvelle Calédonie a été posée au Conseil d'Etat, saisi⁶⁷ d'une demande d'avis⁶⁸ par le président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie.
117. La réponse du Conseil d'Etat a été très claire : « *Aucune considération d'ordre général, ni aucune règle supérieure dans la hiérarchie des normes, ne fait obstacle par elle-même à la création d'une autorité administrative indépendante dans un domaine de compétence de la Nouvelle-Calédonie* ».
118. En ce qui concerne la compétence pour créer cette autorité, le Conseil d'Etat a estimé qu'une délibération du congrès pouvait instaurer une telle autorité : « *Rien ne s'oppose donc, au niveau constitutionnel, à ce que, dans le domaine des compétences de la Nouvelle Calédonie, des pouvoirs du type de ceux habituellement confiés à une autorité administrative indépendante soient, dans des limites et moyennant des précautions analogues à celles précédemment évoquées pour les autorités administratives indépendantes nationales, confiés par une délibération du congrès à un organisme administratif présentant les garanties d'indépendance, d'expertise et de continuité justifiant une telle répartition des pouvoirs eu égard aux caractéristiques de ce domaine* ».
119. S'agissant des attributions de cette autorité, le Conseil d'Etat a également considéré que, puisqu'une autorité administrative indépendante territoriale agit au nom de la collectivité qui l'a créée, cette autorité pouvait recevoir des compétences en matière de concurrence, puisque celles-ci ont été confiées à la Nouvelle Calédonie. En effet, la Nouvelle-Calédonie⁶⁹ est compétente en matière de « *consommation, concurrence et répression des fraudes et droit de la concentration économique* ». Ne sont en effet pas applicables les dispositions nationales relatives à la concurrence (article L 420 et suivants) dont l'application relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence.
120. Toutefois, selon le Conseil d'Etat, cette autorité administrative indépendante, ne pourrait avoir qu'un pouvoir consultatif.
121. En effet, selon le Conseil d'Etat, l'autorité administrative ne pourrait pas se voir doter du pouvoir de prendre des mesures individuelles (et notamment des sanctions administratives) puisque ce pouvoir de prendre des décisions individuelles ne ressortit pas, selon la loi organique, à la compétence du congrès de Nouvelle-Calédonie.
122. En effet, s'agissant des mesures individuelles, telles que des sanctions administratives, la loi organique⁷⁰ prévoit en effet que seul le gouvernement, ou ses membres, ou son président, ou, par délégation, les services placés sous leur autorité, peuvent prendre ce types de mesures pour exécuter les actes du congrès.

⁶⁷ En application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁶⁸ Avis du 22 décembre 2009.

⁶⁹ Aux termes du 19° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999.

⁷⁰ Articles 126, 128, 130 et 131

123. Ainsi, selon le Conseil d'Etat, sans modification de la loi organique, la Nouvelle Calédonie ne pourrait créer, dans les trois domaines mentionnés dans la demande d'avis, qu'une instance purement consultative. Toutefois, cette instance qui pourrait seulement émettre un avis en matière de mesures individuelles ou de sanctions, sans caractère contraignant pour les autorités compétentes, pourrait y attacher une certaine solennité par une publicité de ses avis.

Les différents types de structures possibles

124. Outre la question juridique, se pose la question des moyens financiers et humains que la Nouvelle Calédonie pourrait consacrer à cette autorité. En effet, la Nouvelle Calédonie est un territoire de 250 000 habitants. La mise en place d'une autorité administrative indépendante suppose l'allocation de moyens humains et financiers adaptés à la mission qui lui est confiée. Non seulement il faut prévoir l'organisation et le fonctionnement de cette autorité mais aussi des services d'instruction des dossiers qui doivent lui être rattachés. Est-il réellement nécessaire de créer « *ex nihilo* » une autorité de la concurrence en Nouvelle Calédonie ? Ne faudrait-il pas utiliser les structures existantes ou simplement modifier les textes sans créer de structure « *ex nihilo* ? ».

Les solutions préconisées dans le passé

125. Deux rapports ont suggéré, à cet égard, plusieurs types de solutions. Il faut indiquer, en préalable, que ces deux rapports ont été réalisés dans l'optique de l'instauration d'un dispositif de contrôle des concentrations, en particulier de la grande distribution, dont la part de marché des entreprises aurait été limitée à 25 %.
126. Dans ce contexte, le rapport Brulé⁷¹ avait préconisé d'adopter un texte permettant le contrôle des concentrations. Les autorités chargées de ce contrôle auraient été à la fois la commission des pratiques commerciales⁷² et le gouvernement. La commission des pratiques commerciales aurait eu sa compétence élargie aux opérations de concentrations, et aurait rendu des avis, en s'appuyant sur l'expertise de la DAE. Le gouvernement aurait ensuite pris la décision finale (acceptation sans conditions, acceptation avec engagements, ou refus pur et simple) sur la base de cette avis, mais dans l'hypothèse où il se serait écarté de l'avis de la Commission, aurait été obligé de motiver sa décision.
127. Ce rapport suggérait aussi « *de donner au gouvernement un pouvoir d'injonction (éventuellement après l'avis de la Commission des pratiques commerciales) qui aurait consisté à fixer les prix de détail des opérateurs coupables de pratiques et opérer une déconcentration, quelle que soit les modalités selon lesquelles le pouvoir de marché a été acquis (dans le cadre de croissance externe ou non) »*. Il préconisait également d'instaurer « *la possibilité pour le gouvernement d'ordonner, de suspendre des pratiques potentiellement anticoncurrentielles dans un délai déterminé, d'imposer des conditions particulières, d'infliger une sanction pécuniaire ou d'ordonner la publication de la décision »* Ces mesures auraient fait suite à la constatation d'un abus de position dominante et/ou de dépendance économique mais aussi à une opération de concentration.

⁷¹ Rapport Brulé, rendu en juillet 2010 « *rapport sur la mise en place d'un contrôle des concentrations en Nouvelle Calédonie* »

⁷² Créée par l'article 82 de la délibération n°14

128. Enfin, le rapport Brulé proposait que la décision de la Commission d'urbanisme commercial (CPUC) soit gelée en attendant de la l'avis de la Commission des pratiques commerciales au champ de compétence élargi, avis qu'elle pourrait publier.
129. Quant au rapport du cabinet Flécheux,⁷³ il proposait de contrôler les opérations de concentration sans se limiter à la grande distribution. Pour ce faire, après avoir rappelé que c'est le gouvernement de Nouvelle Calédonie qui est chargé d'exécuter les mesures prises par le congrès en vertu de l'article 26 de la loi organique qui prévoit que le gouvernement « *exécute les décisions du congrès et de sa commission permanente* », et « *prend sur habilitation du congrès ou de sa commission permanente, les arrêtés réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de leurs actes* » et qu'il résulte de l'article 131 de la loi « *que le gouvernement prend les actes non réglementaires d'application de la réglementation édictée par le congrès, pouvoir qu'il peut déléguer à son président* », le rapport suggérait trois solutions :
- la première solution évoquait la possibilité de créer une autorité administrative indépendante, qui aurait eu aussi un pouvoir de sanction en plus de ses pouvoirs consultatifs, nonobstant l'avis du conseil d'Etat. L'argument en faveur de cette création était que la création des autorités administratives indépendantes en métropole avaient aussi fait débat devant le Conseil Constitutionnel et qu'elles avaient finalement été admises ;
 - la deuxième solution proposée, consistait, comme le rapport Brulé le suggérait, à s'appuyer sur la commission des pratiques commerciales, et ainsi à étendre le champ de sa mission pour lui donner un rôle consultatif, le gouvernement disposant du pouvoir décisionnel ;
 - enfin la troisième solution, proposée était la possibilité de recourir aux services de l'Autorité de la concurrence, étant rappelé l'article 203 de la loi organique qui dispose que « *à la demande du congrès ou des assemblées de province, les autorités administratives indépendantes et les établissements publics nationaux apportent leur concours à l'exercice par la Nouvelle-Calédonie ou par les provinces de leurs compétences* ».
130. Cette dernière solution semblait avoir la préférence des auteurs du rapport, qui en soulignait la souplesse, puisque « *le recours au concours de l'Autorité n'avait ni à être institutionnalisé ni systématisé, mais répondrait aux besoins exprimés au cas par cas et dans les conditions définies par une convention entre l'Etat, l'Autorité de la concurrence et la Nouvelle Calédonie* ».
131. Enfin, le rapport du cabinet Flécheux suggérait de « *transposer aux pratiques anticoncurrentielles les mesures adoptée par la réforme du 2 juin 2010 en matière de pratiques restrictives qui prévoient non seulement la possibilité pour le gouvernement de saisir le juge des pratiques en cause, (se substituant à la victime) mais aussi et surtout la possibilité pour le gouvernement de prononcer une sanction administrative à l'encontre de*

⁷³ « Propositions pour dynamiser la concurrence dans le secteur de la grande distribution » Cabinet Flécheux & associés » septembre 2010

l'entreprise. La possibilité pour la Nouvelle Calédonie de prévoir des sanctions administratives est clairement reconnue par l'article 86 de la loi organique n°99-209 ».

Les trois options possibles

132. Ainsi, après avoir été esquissées dans les rapports précédents trois options se dessinent. La première option « *a maxima* » consisterait à créer « *ex nihilo* », un organisme, qui aurait un pouvoir de sanction. La deuxième option consisterait en la création d'un organisme avec un pouvoir consultatif, qui donnerait un avis obligatoire, rendu public, qui servirait ensuite de base à la décision du gouvernement. La troisième option « *a minima* » serait de ne pas créer de commission du tout mais de modifier les textes en matière de concurrence afin de permettre le contrôle des opérations de concentration. En matière de pratiques anticoncurrentielles, le texte serait également modifié (voir infra) et prévoirait notamment la possibilité de sanctions administratives.

a) La 1ère option : la création ex nihilo d'une autorité aux pouvoirs étendus

133. Il faut rappeler au préalable que cette première option n'est pas possible à droit constant, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat, et qu'elle nécessite une modification de la loi organique.

134. Cette solution peut apparaître « *luxueuse* » pour un territoire comptant 250 000 habitants. Néanmoins, il faut souligner que de nombreux petits pays ont une législation sur la concurrence et une autorité indépendante chargée de l'appliquer. Ainsi, par exemple le Luxembourg⁷⁴, Chypre⁷⁵, l'île Maurice⁷⁶, Jersey, la Barbade, ou l'Islande⁷⁷ sont dotés d'une autorité de la concurrence. Il est vrai que Chypre, comme le Luxembourg, font partie de l'Union Européenne et que c'est pour eux une obligation puisque la libre concurrence est un principe fondateur de l'Europe. Quant à l'île Maurice, même si c'est également une île, sa population de 1,2 millions d'habitants en fait un territoire beaucoup plus peuplé, (comme Chypre, d'ailleurs, avec ses 1,3 millions d'habitants) que la Nouvelle Calédonie, et qui ne paraît pas vraiment comparable.

135. En revanche, la Barbade, île des Caraïbes, Jersey, île anglo-normande ou encore l'Islande pourraient servir de référence en terme de population. La Barbade a une population de 274 000 habitants et dispose d'une autorité (Fair Trading Commission⁷⁸) chargée à la fois

⁷⁴ Le Luxembourg compte 550 000 habitants pour une superficie de 2 586 km² et a le PIB le plus élevé du monde.

⁷⁵ Chypre est peuplée de 1 300 000 habitants pour une superficie de 9 251 km². Elle fait partie de l'UE depuis 2004.

⁷⁶ L'île Maurice a une superficie de 1 866 km² pour 1,2 millions d'habitants. Le taux de croissance est de 4 %. Le taux de chômage est à 8 %. Les PME réalisent plus de 50% de l'emploi, ce qui est un facteur positif. Il n'y a pas d'inflation, pas de déficit budgétaire. La dette publique contrôlée représente 60% du PIB.

⁷⁷ L'Islande a une superficie de 103 000 km² et une population d'environ 320 000 habitants.

⁷⁸ La *Fair Trading Commission*, créée en 2001, comprend 11 membres, mais aussi un « *chief executive officer* », qui comme son nom l'indique, est le chef de des services exécutifs organisés en quatre directions (chacune d'entre elles étant cependant dirigée par un directeur): régulation sectorielle (électricité, télécommunication), concurrence, protection du consommateur et juridique (incluant les services de la procédure devant la commission) – source : Fair Trading Annual report – 2011 -

de la régulation concurrentielle, de la régulation sectorielle mais aussi de la protection du consommateur. Jersey est une île de 118,2 km² pour une population de 97 857 habitants et dispose d'une autorité de concurrence⁷⁹ et de régulation dénommée « *Jersey Competition Regulation Authority* (JCRA) » depuis 2001. Enfin l'Islande a une superficie de 103 000 km² et une population d'environ 320 000 habitants et a une autorité de la concurrence depuis 2005 (Icelandic Competition Authority).

136. Cette option, qui privilégie donc la création d'un organisme indépendant disposant d'un pouvoir de sanction, à l'image de l'Autorité de la concurrence ou d'autres autorités chargés d'appliquer le droit de la concurrence dans le monde mérite ainsi d'être étudiée.

◆ La question de l'indépendance

137. La question de l'indépendance de cette autorité qui serait créée a été posée. C'est effectivement une question importante. Dans la mesure où cette autorité pourra prendre des sanctions administratives il faut que ses décisions soient impartiales et seules des dispositions assurant l'indépendance de cette autorité lui permettrait de garantir cette impartialité. En effet, il est plus facile d'être impartial lorsqu'on est indépendant, puisqu'il n'existe pas de liens de subordination entre l'organe qui prend la décision et un quelconque pouvoir qui pourrait influencer celle-ci. L'organe indépendant peut ainsi se prononcer en toute connaissance de cause, sans être soumis à des ordres ou à des pressions, en fonction des éléments qu'il a sa disposition. Il faut à cet égard indiquer que la compétence est un élément très important pour garantir cette impartialité.
138. Pour assurer l'indépendance de la nouvelle autorité qui serait créée, il semble que deux solutions différentes soient envisageables. La première solution consisterait à suivre l'exemple de la création de la chambre territoriale des comptes et à créer une « filiale » de l'Autorité de la concurrence en Nouvelle Calédonie. L'indépendance de l'Autorité de la concurrence assurerait celle de l'autorité territoriale dont les membres qui la composerait seraient du personnel détaché de l'autorité de concurrence métropolitaine. Toutefois cette solution qui consisterait à redonner à un organe déconcentré de l'Etat des pouvoirs de sanction en matière de concurrence apparaît contraire au transfert de compétence résultant de l'accord de Nouméa et qui a justement abouti à conférer à la Nouvelle Calédonie compétence en matière de concurrence et doit donc être écartée.
139. La seconde solution pourrait envisager d'introduire dans le texte créant l'autorité en Nouvelle Calédonie des dispositions relatives aux incompatibilités et à l'irrévocabilité de ses membres et de son président, ainsi que des dispositions relatives à la collégialité, à la motivation des décisions. Il faut en effet souligner que l'indépendance et l'impartialité pourraient être garanties par des règles précises qui seraient définies lors de la création de l'autorité. L'expérience de la création des autorités administratives indépendantes montre que lorsque de telles règles existent, elles permettent effectivement un fonctionnement impartial et indépendant de ces autorités.

⁷⁹ La JCRA (Jersey competition regulation authority) fait partie de la CICRA (channel Islands competition regulation authority) qui comprend 11 membres dont 7 viennent de la JCRA (Jersey competition regulation authority) de Jersey et 4 de la GRCA de Guernesey (Guernesey competition regulation authority). La JCRA est dirigée par un bureau composé d'un président, un directeur exécutif, et 3 directeurs non exécutifs. Le personnel comprend 4 rapporteurs, un directeur financier et des opérations et un assistant.

140. Ainsi, en Nouvelle Calédonie, seraient édictées des règles d'incompatibilité pour les fonctions des membres et du président de cet organisme afin d'éviter tout conflit d'intérêt⁸⁰. Il faudrait également adopter des dispositions garantissant l'irrévocabilité des membres et du président pendant la durée du mandat. De même, les règles relatives à la collégialité⁸¹ pourraient permettre de conforter l'indépendance de l'autorité par rapport aux parties prenantes. Enfin des règles devraient indiquer la motivation obligatoire des avis ou des décisions.

◆ Composition et fonctionnement de cette autorité

141. Cette autorité pourrait être composée de 10 personnes au total. Outre sa compétence en matière de concurrence, elle pourrait le cas échéant être également compétente en matière de régulation sectorielle⁸² (télécommunications, électricité) et éventuellement en matière de protection du consommateur.

142. Cette autorité serait composée d'un collège, rendant les avis ou prenant des décisions, et d'un service d'instruction et enfin d'un service administratif. Un collège de trois personnes, dont deux magistrats (par exemple un de l'ordre judiciaire et un de la chambre régionale des comptes) et une personnalité qualifiée (par exemple un professeur de droit ou d'économie), paraît répondre aux besoins de la Nouvelle Calédonie. Le collège s'appuierait sur le service d'instruction, qui comprendrait un chef de service et trois ou quatre rapporteurs, qui pourraient provenir de la DAE. Ces derniers sont assermentés et interviennent déjà en matière économique. Ils pourraient donc tout à fait être mis à la disposition de l'Autorité nouvellement créée.

143. Les décisions de l'autorité seraient susceptibles d'appel devant la Cour d'Appel de Nouméa. Par ailleurs, l'appui de l'Autorité de la concurrence pourrait ponctuellement être demandé soit pour compléter la formation des agents, soit pour apporter une expertise « *ad hoc* ». En effet, la convention-cadre signée entre le président de Nouvelle Calédonie et le président de l'Autorité de la concurrence prévoit des missions de formation ainsi que des missions d'expertise. Dans ce contexte, la formation des agents de la direction des affaires économiques pourraient être approfondie en matière de concurrence et plus spécifiquement en ce qui concerne l'instruction des dossiers, notamment les dossiers relatifs aux opérations de concentration⁸³.

⁸⁰ Le texte pourrait prévoir à cet effet de faire remplir un formulaire de déclaration de conflit d'intérêts. Une charte de déontologie et l'interdiction d'une reconversion immédiate dans les entreprises contrôlées devraient être également envisagées.

⁸¹ Un certain équilibre doit être assuré dans la composition du collège entre sa représentativité suffisamment large (représentation des différents des points de vue et des expériences professionnelles) et son nécessaire caractère resserré.

⁸² Et éventuellement en matière de protection du consommateur.

⁸³ Au surplus, pour ce type de dossier complexe concernant une opération de concentration, et s'il apparaissait que l'opération pourrait être de nature à poser des problèmes de concurrence et nécessiterait des investigations approfondies, l'appui technique de l'Autorité pourrait être demandé, sans que cette dernière aille jusqu'à se substituer aux autorités calédoniennes en rendant un avis formel.

144. Dans son avis précité, le Conseil d'Etat relève à cet égard qu'il pourrait être possible « *de bénéficier de ses conseils [de l'Autorité de la concurrence] dans le cadre de l'exercice par les autorités locales de leurs prérogatives statutaires dans le même domaine. Cette convention pourrait être conclue en application de l'article 203 de la loi organique du 19 mars 1999, dans sa rédaction issue de l'article 16 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009. Dans ce cadre, l'autorité administrative indépendante nationale apporterait un concours aux autorités compétentes de la Nouvelle Calédonie, par exemple pour l'édition de normes ou pour la prise de mesures individuelles. Elle les éclairerait de ses avis, sans toutefois pouvoir se substituer à eux. L'objet de la convention prévue à l'article 203 de la loi organique est en effet non un mandat d'agir à la place de l'institution compétente de la Nouvelle-Calédonie, mais une assistance technique apportée à cette dernière* ».

145. Ainsi, dans le cadre de la convention prévoyant une assistance technique et déjà signée par le président de l'Autorité de la concurrence, Bruno Lasserre, avec le président du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Harold Martin, l'Autorité pourrait formuler des recommandations ou donner une expertise ponctuelle.

◆ Mise en œuvre de cette option

146. Ainsi qu'il a été indiqué, cette option nécessite donc une modification de la loi organique, c'est-à-dire le vote d'une loi par l'Assemblée Nationale et le Sénat, dont les dispositions prévoiraient la création d'une autorité administrative indépendante et qui modifierait la loi organique « *voir supra* ». Par ailleurs, le texte devrait prévoir également le financement de cette autorité. Une telle éventualité demande des arbitrages qui dépassent le cadre de ce rapport.

b) *La 2ème option : un organe uniquement consultatif*

147. La deuxième option est relative à la création d'une autorité consultative. Cette option comporte une alternative : soit utiliser un organe déjà existant et élargir sa compétence à la concurrence, soit créer « *ex nihilo* » un organe consultatif.

◆ Composition de la commission

148. En ce qui concerne la première branche de l'alternative, les rapports Brulé et Flécheux avaient proposé d'élargir les compétences de la commission des pratiques commerciales. A l'époque, cette commission, dont le secrétariat était assuré par la direction des affaires économiques (DAE), fonctionnait. Cette commission s'était intéressée à la négociation d'un accord interprofessionnel relatif aux remises différées de fin d'année (voir supra).

149. Si l'on décidait d'élargir la compétence de la commission des pratiques commerciales à la concurrence et d'en faire le collège chargé de statuer sur les affaires de concurrence, il faudrait cependant modifier la durée du mandat (2 ans) de ses membres qui paraît trop courte et assurer leur irrévocabilité pendant la durée de leur mandat, irrévocabilité gage de leur indépendance. La durée du mandat pourrait être fixée à cinq ans. Par ailleurs, comme pour l'option précédente, ce collège s'appuierait sur un service d'instruction composé de quatre à cinq rapporteurs et d'un service administratif.

150. Toutefois, plutôt que d'avoir recours à la commission des pratiques commerciales, il pourrait être également possible de s'appuyer sur un autre organisme existant, à savoir le Conseil Economique et social de Nouvelle Calédonie (CES). Comme la commission des pratiques commerciales, cet organisme rendrait des avis, qui seraient préalablement

instruits par les services de la DAE. Ensuite le gouvernement de Nouvelle Calédonie ou le président prendrait une décision sur la base de cet avis.

151. Cet organisme est déjà consulté sur les projets et propositions de loi du pays et de délibération du congrès à caractère économique et social. Il est saisi par le président du gouvernement pour les projets et par le président du congrès pour les propositions. En outre, les assemblées de province, le sénat coutumier, ou le gouvernement peuvent consulter le CES.
152. Etant donné le nombre de membres du CES qui est de 39⁸⁴, soit deux fois plus que ceux de la commission des pratiques commerciales, et pour une plus grande efficacité de ce comité, il pourrait être proposé que le CES désigne les membres qui feraient partie du collège chargé de statuer sur les affaires de concurrence. Ce collège pourrait comporter de trois à dix membres, qui seraient choisis en fonction de leur expérience professionnelle et de leur représentativité. Ces membres, avec un service d'instruction, composerait donc cette autorité consultative de la concurrence.
153. La seconde branche de l'alternative de cette deuxième option consisterait à créer une autorité consultative « *ex nihilo* », qui pourrait par exemple être composée d'un collège de trois membres (un magistrat de la cour d'Appel, un magistrat de la chambre territoriale des comptes de Nouvelle Calédonie et une personnalité qualifiée) et un service d'instruction et un service administratif. En tout, une dizaine de membres constituerait cette autorité de la concurrence qui pourrait aussi avoir des attributions en matière de régulation et/ou de protection du consommateur. Le schéma évoqué dans la première option serait également retenu, la seule différence consistant en la transformation d'un pouvoir décisionnaire en un pouvoir consultatif.

◆ Intérêt d'une autorité aux seuls pouvoirs consultatifs

154. A ce stade, la question peut être posée de l'intérêt d'un organisme qui n'aurait que des pouvoirs consultatifs. La limitation de ses pouvoirs à une mission de conseil serait-elle de nature à diminuer l'intérêt de créer une telle autorité ?
155. Il faut à cet égard souligner que l'exercice d'un pouvoir consultatif, même s'il est souvent présenté comme secondaire par rapport au pouvoir de sanction est en réalité très important. Que recouvre en effet le pouvoir consultatif ? Il s'agit du « *pouvoir juridique de savoir* » et de celui de « *faire savoir* ». Or ces pouvoirs sont essentiels. Le premier car il est fondé sur la détention de l'information et le second car il correspond au droit d'alerte. Les autres pouvoirs juridiques, comme le pouvoir de sanction, n'en sont que la conséquence, voire l'accessoire.
156. De plus, l'exercice d'un pouvoir consultatif est souvent une étape transitoire sur le chemin vers la détention du pouvoir de sanctionner. Ainsi, en métropole, la Commission de la

⁸⁴ Le CES est un organisme collégial qui comprend 39 membres, 28 désignés dans le cadre des provinces, à raison de 4 pour la province des Iles Loyauté, de 8 pour la province Nord, de 16 pour la province Sud et de 2 membres désignés par le sénat coutumier, et de 9 personnalités qualifiées désignées par le gouvernement après avis des présidents des assemblées de province. Il est constitué d'un bureau et de 10 commissions. Les commissions sont chargées par le bureau du CES de l'instruction des dossiers en fonction de leur domaine d'étude. Chaque commission se réunit en associant à ses travaux des personnes extérieures.

concurrence⁸⁵ créée en 1977, qui a précédé le Conseil de la concurrence⁸⁶, avait uniquement un pouvoir consultatif. Elle conseillait le gouvernement sur toute question intéressant la concurrence et rendait des avis sur les opérations ou projets de concentration. Mais, en matière de pratiques anticoncurrentielles, ses avis pouvaient conduire le ministre à prononcer des sanctions pécuniaires ou à transmettre le dossier au juge pénal. Dix ans plus tard, la Commission de la concurrence sera remplacée par le Conseil de la concurrence, qui obtiendra l'élargissement des possibilités de saisine (notamment par les entreprises), et le transfert du pouvoir de sanction des pratiques anticoncurrentielles (avec contrôle du juge judiciaire) avec en contrepartie la mise en place d'une procédure garantissant davantage les droits des intéressés.

♦ Les garanties nécessaires pour l'exercice du pouvoir consultatif plein et entier

157. Pour qu'un organisme puisse jouer pleinement son rôle en matière consultative, de façon indépendante⁸⁷, il faut cependant s'assurer qu'un certain nombre de garanties, liées précisément à ce rôle, soient présentes : il s'agit de l'accès à l'information, de la création d'une expertise et enfin de la possibilité de faire connaître les avis rendus.
- L'accès à l'information : la question des pouvoirs d'enquête du service d'instruction de cette commission.
158. Si cette commission consultative est composée d'un collège, elle devra aussi disposer d'un service d'instruction chargé de préparer les avis. Ce service d'instruction, composé de rapporteurs, devra donc « instruire » les dossiers et pour ce faire, recueillir l'information pertinente nécessaire auprès des entreprises.
159. L'accès à l'information pose la question des pouvoirs d'enquête des rapporteurs et celle du refus de délivrer les informations requises. En matière de pouvoirs d'enquête, on distingue traditionnellement les pouvoirs d'enquête « lourde » et les pouvoirs d'enquête « simple ». Pour les premiers, les enquêteurs doivent obtenir une autorisation du juge mais peuvent ensuite saisir tous les documents, y compris les documents informatiques au siège de l'entreprise. Pour les seconds, les enquêteurs peuvent demander communication de tout document. Aucun secret professionnel ou bancaire ne peut leur être opposé.

⁸⁵ Créée par la loi du 19 juillet 1977, cette commission a pris la suite de la Commission des ententes, créée par le décret du 9 août 1953, qui, après la loi du 2 juillet 1963 deviendra la commission des ententes et des positions dominantes

⁸⁶ Créé par l'ordonnance de 1986. L'autorité de la concurrence a pris la suite du conseil de la concurrence. La loi du 4 août 2008 a transféré à la nouvelle Autorité de la concurrence, les pouvoirs de l'ancien Conseil de la concurrence, et lui en accordé de nouveaux : l'Autorité succède au ministre de l'Économie pour contrôler les opérations de concentration. En outre, elle est désormais en mesure de mener elle-même ses enquêtes et possède la possibilité de s'autosaisir en matière d'avis sur toute question de concurrence et d'émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés au ministre en charge du secteur.

⁸⁷ Bien évidemment, pour assurer son indépendance, les mêmes garanties que celles proposées pour la 1^{ère} option doivent être prévues : incompatibilités, irrévocabilité des membres et du président, collégialité, motivation des décisions...

160. Comme le précisent les articles 85 et 85-1 de la délibération n°14 du 6 octobre 2006, les agents assermentés de la DAE disposent des pouvoirs simples, c'est-à-dire qu'ils peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander communication des livres, factures et tous les autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Mais depuis 2010, les enquêteurs disposent également des pouvoirs d'enquête lourde, c'est-à-dire, après autorisation du juge des libertés de la détention, du pouvoir de saisir les documents et les supports d'information (messageries et documents électroniques) d'une entreprise.

161. A cet égard, la possibilité de sanctionner les entreprises qui refusent de répondre ou donnent des renseignements erronés est fondamentale. Dans ce contexte, l'obligation récente pour les entreprises calédoniennes de publier leurs comptes est également un élément important qui va faciliter l'accès à l'information des enquêteurs. Corollaire de l'accès à l'information, l'obligation de secret ou de confidentialité devra peser sur les détenteurs de l'information confidentielle.

– La création de l'expertise

162. Par ailleurs, le « *droit de savoir* » doit être assorti de la possibilité d'analyser et de traiter cette information : il s'agit en réalité de la création de l'expertise, qui permet d'asseoir la réputation de l'autorité et d'empêcher les risques de « *capture* ». En effet, la capture, que l'on peut donc définir comme ce manque de distance, peut tenir encore au fait que les membres des autorités n'ont pas les moyens de remettre en cause ou d'être critique vis-à-vis des informations fournies. Dès lors, la compétence est la garantie la plus forte de l'indépendance. Cette compétence doit être partagée à la fois par les rapporteurs chargés de l'instruction (et qui devraient, à cet effet, recevoir une formation appropriée) et le collège, dont les membres devraient avoir été désignés justement en raison de leur expérience professionnelle dans le domaine économique ou juridique, ou mieux encore de la concurrence.

– Le droit de faire savoir

163. Le rôle consultatif n'est pas limité au droit de savoir. Il comprend aussi le pouvoir de « *faire savoir* ». Celui-ci s'exerce lorsqu'est prévu l'obligation de publier chaque année un rapport, qui est d'autant mieux assuré si ce rapport est publié, puis largement diffusé. Ce pouvoir de faire savoir peut aussi s'exercer lorsque l'autorité rend un avis, soit qu'elle soit consultée sur une question qui la concerne ou qui interfère avec son propre domaine d'action, soit qu'elle ait le pouvoir de proposer des modifications de réforme, soit même que leur avis soit requis pour qu'un texte ou une décision soit adopté. Le pouvoir de faire savoir recouvre aussi la possibilité d'organiser la publicité de cet avis.

164. Ainsi, le rôle consultatif d'une autorité n'est pas un pouvoir limité mais au contraire un pouvoir essentiel.

◆ Le rôle de cette autorité consultative en matière de contrôle des concentrations

165. Dans la deuxième option, ce rôle consultatif consisterait également, en matière de contrôle des concentrations, à rendre un avis motivé sur les opérations de concentration qui auraient été notifiées, et qui poseraient des problèmes de concurrence (phase 2).

166. Ce cas de figure ne devrait pas se présenter fréquemment. En effet, dans la plupart des cas, l'examen de l'opération de concentration, qui a lieu après la notification, est rapide. En effet, le plus souvent, l'opération ne pose pas de difficultés de concurrence particulières

et/ou les engagements présentés par les parties remédient aux problèmes constatés, et l'opération peut donner lieu à une autorisation avec ou sans engagements au terme d'un examen rapide appelé phase 1.

167. Au cas d'espèce, l'analyse de l'opération de concentration (phase 1) serait réalisée par les services de la DAE, le gouvernement, ou la DAE par délégation, rendrait ensuite sa décision. En revanche, si un doute sérieux d'atteinte à la concurrence apparaissait au terme de cette phase 1, s'ouvrirait une phase 2, qui permettrait de procéder à une analyse approfondie de l'opération.
168. Cette phase 2 permet d'examiner si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par la création, le renforcement d'une position dominante ou par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui placeraient les fournisseurs en situation de dépendance économique compensant les atteintes à la concurrence éventuellement constatées. Serait regardé également si l'opération est justifiée par des gains d'efficacité.
169. Pour la Nouvelle Calédonie, dans cette seconde option, l'examen de cette phase 2 pourrait se conclure par un avis rendu par la commission consultative⁸⁸ au gouvernement ou au président de Nouvelle Calédonie. Sur la base de cet avis, celui-ci pourrait, soit autoriser l'opération sans conditions particulières, soit l'autoriser sous réserve d'engagements, soit l'interdire. Dans l'hypothèse où le gouvernement adopterait une solution différente de celle proposée dans l'avis, il devrait motiver sa décision qui pourrait être contestée devant le Tribunal administratif de Nouméa.
170. C'est le système qui a prévalu en France pour le contrôle des opérations de concentration jusqu'en 2009, date de la création de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil de la concurrence n'était saisi par le ministre que lorsque l'opération était susceptible de poser des problèmes de concurrence. Le Conseil de la concurrence rendait un avis puis le ministre prenait la décision. Cette décision pouvait faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

◆ Le rôle consultatif en matière de pratiques anticoncurrentielles

171. En matière de pratiques anticoncurrentielles, la commission consultative fonctionnerait de façon similaire à la commission de la concurrence en métropole avant 1986 : la commission de la concurrence rendait un avis et le ministre pouvait prononcer des sanctions pécuniaires ou transmettre le dossier au juge pénal.
172. En Nouvelle Calédonie, l'avis rendu par la commission consultative pourrait ainsi éclairer le gouvernement sur la décision à prendre. Dans la mesure où cet avis serait rendu par une commission collégiale, qu'il serait motivé et s'appuierait sur une analyse approfondie de la situation concurrentielle, la prise de décision par le gouvernement serait facilitée. Cette solution présente également l'avantage d'une plus grande transparence, si l'avis de la commission est publié avec la décision du gouvernement.

⁸⁸ Soit la Commission des pratiques commerciales aux pouvoirs élargis, soit le collège chargé de la concurrence au sein du conseil économique et social.

173. Ainsi, cette deuxième option aurait pour caractéristique de s'appuyer sur un organisme qui n'aurait que des pouvoirs consultatifs (la consultation étant néanmoins obligatoire), le pouvoir de décision appartenant au gouvernement. Celui-ci aurait l'obligation de motiver sa décision s'il décidait de s'écarter de l'avis de la Commission, qui serait rendu public. Par ailleurs, les décisions du gouvernement pourraient être contestées devant le tribunal administratif de Nouméa.

◆ Le rôle consultatif pour les projets de textes relatifs à la concurrence

174. Cette option d'une commission consultative compétente en matière de concurrence ouvrirait également la porte à la formulation d'avis sur le fonctionnement d'un secteur ou sur des questions de concurrence, soit préalablement au vote d'un texte à la demande du gouvernement, soit de sa propre initiative, le cas échéant (pouvoir de saisine d'office en matière d'avis).

175. Actuellement, l'article 4 de la délibération n°14 du 6 octobre 2004 relative à la réglementation économique prévoit que les délibérations du congrès relatives à la réglementation générale des prix sont adoptées après avis du comité consultatif des prix, des chambres consulaires concernées et des organisations professionnelles intéressées. Le gouvernement doit d'ailleurs transmettre ses projets d'arrêtés relatifs à la fixation des prix et tarifs réglementés à ces derniers. Il faudrait prévoir que la commission consultative soit obligatoirement consultée sur tout projet de texte relatif à la concurrence ou à la réglementation des prix et que cet avis soit obligatoire et public.

◆ Mise en œuvre de la 2^{ème} option

176. Cette option nécessite une modification de la délibération n°14 du 6 octobre 2004 pour permettre à la fois d'élargir les pouvoirs de la commission des pratiques restrictives ou du conseil économique et social, ou créer « *ex nihilo* » une autorité consultative compétente en matière de concurrence, d'instaurer un contrôle des opérations de concentration ainsi que des sanctions administratives pour les pratiques anticoncurrentielles et enfin pour prévoir le mécanisme de saisine pour avis.

c) La 3^{ème} option

177. La troisième option consisterait à ne pas créer d'autorité de la concurrence mais simplement à modifier les textes de nature à permettre un contrôle des concentrations et à prévoir des sanctions administratives pour les pratiques anticoncurrentielles.

◆ Le contrôle des opérations de concentration

178. Dans cette hypothèse, comme dans les deux autres options, les services de la DAE instruiraient le dossier c'est-à-dire qu'ils analyseraient l'opération de concentration. Soit celle-ci ne présenterait pas de risques pour la concurrence et/ou des engagements seraient proposés pour y remédier, et dans ce cas serait prise une décision d'autorisation (qui pourrait être une autorisation tacite), soit, au contraire, cette opération poserait des problèmes de concurrence et s'ouvrirait alors une phase 2, d'analyse approfondie. Dans ce cas de figure, pourrait être demandé l'appui de l'Autorité de la concurrence qui apporterait son expertise pour l'analyse. Ensuite, les services de la DAE transmettraient leur analyse ainsi que celle de l'Autorité de la concurrence au gouvernement qui prendrait la décision.

179. Afin d'instaurer la transparence de la décision du ministre, il pourrait être prévu de motiver et de publier sa décision, qui pourrait faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif de Nouméa.

◆ Les pratiques anticoncurrentielles

180. En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, deux modifications devraient intervenir : d'une part, devrait être prévue la possibilité pour le gouvernement d'infliger des sanctions pécuniaires, d'autre part devrait être instaurée une procédure contradictoire, à l'image de celle existant actuellement pour les pratiques commerciales.

◆ Mise en œuvre

181. Même sans création de commission, cette option suppose néanmoins de modifier les textes, et notamment la délibération n°14 du 6 octobre 2004, afin que le contrôle des opérations de concentrations soit possible. De même, comme pour la deuxième option, il faudrait prévoir des sanctions administratives pour les pratiques anticoncurrentielles, en plus des sanctions civiles et pénales et définir la procédure applicable à ce type d'infraction.

CONCLUSION

182. Ainsi, s'agissant du choix de la structure qui sera chargée de contrôler la concurrence plusieurs options sont possibles. Elles ont été présentées de la plus complète à la plus légère. Du point de vue de l'Autorité de la concurrence, la première option est fortement recommandée car c'est celle qui présente le plus de garantie et l'existence d'autorité de la concurrence dans des territoires d'une dimension proche de celle de la Nouvelle Calédonie démontre que cette option est envisageable. Toutefois, compte tenu de la nécessité d'une modification de la loi organique, la seconde option avec création d'une autorité de la concurrence aux pouvoirs consultatifs renforcés pourrait être une solution temporaire. Enfin, la troisième option constituerait une solution a minima mais dès lors qu'elle requiert en tout état de cause une modification des textes, il serait dommage de ne pas en profiter pour aller plus loin et adopter, par la même occasion, les dispositions relatives à la création d'une autorité, d'autant qu'un transfert d'agents entre la DAE et cette nouvelle autorité serait sans doute envisageable. En tout état de cause, le choix définitif revient bien entendu aux autorités calédoniennes.
183. Au final, le renforcement des règles de protection de la concurrence, le cas échéant combiné à la signature d'un accord de modération des marges avec les professionnels et à la création d'une autorité de la concurrence, devrait permettre de supprimer la réglementation des prix des produits alimentaires et des produits de première nécessité, lourde, difficile à mettre en œuvre, et inefficace à l'exception de quelques secteurs limités.
184. Comme cela a été mentionné dans le rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, les mesures proposées, qui visent à renforcer l'action sur les structures de la concurrence plutôt que d'accroître la réglementation des prix sont parfaitement cohérentes avec les orientations récemment retenues par le gouvernement dans le projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer.
185. Dans cette perspective, il paraît utile de faire participer l'ensemble des acteurs économiques et politiques à la mise en œuvre de la réforme, afin qu'elle soit comprise et acceptée par tous, d'autant plus qu'elle sera une rupture avec le passé. Il ne s'agira plus en effet d'instaurer un système de réglementation des prix mais plutôt d'insuffler plus de concurrence.
186. Cette concurrence ne signifiera pas une absence de règles, bien au contraire. L'objet du droit de la concurrence est justement de renforcer l'efficacité des mécanismes

concurrentiels et par la même le dynamisme économique. En mettant fin aux rentes de situation indues, le renforcement de la concurrence couplé à des protections de marché limitées et modernisées rendra du pouvoir d'achat aux consommateurs sans être incompatible avec l'emploi et le développement économique, bien au contraire. « *L'objet du droit de la concurrence est de faciliter l'établissement d'une régulation concurrentielle de l'économie parce que cette régulation augmente les chances que s'établissent sur le marché les conditions de prix efficaces*⁸⁹ ».

⁸⁹ Philippe Nasse, (“L’objectif d’efficacité assigné aux sanctions”, in *La Modernisation du droit de la concurrence*, LGDG, 2006, p. 344, cité dans la régulation concurrentielle, Thierry Dahan.)

LISTE DES PERSONNES RENCONTREES :

Institution politiques et administratives :

Le gouvernement :

Harold Martin, président du gouvernement de Nouvelle Calédonie,

Sonia Backès, porte parole du gouvernement, chargé du budget, des finances, de la fiscalité, de l'économie numérique,

Gildas Lebret, secrétaire général adjoint.

Le Haut Commissariat :

Albert Dupuy, Haut-Commissaire.

Le congrès :

Pierre Bretegnier

et les membres du congrès lors de la réunion du 18 avril 2012.

Direction des affaires économiques :

Nicole Pehau, directrice par intérim des affaires économiques,

Guillaume Caroff, chef du service concurrence et répression des fraudes,

Audrey Oudart, chef du service des études économiques

La direction des services fiscaux

Stéphanie Boiteux, directrice,

La direction des affaires sanitaires et sociales,

Jean-Alain Course, directeur,

Olivier Ballu, inspecteur.

La direction du service d'état de l'agriculture, de la forêt et de l'environnement (DAFE),

Marie-Pierre Muller,

La direction des ressources humaines

Nicolas Pannier, directeur,

La direction régionale des douanes

Lionel Fend, directeur régional,

La direction des affaires juridiques

Laurent Travers, directeur,

Province Nord

Laurent Le Brun, secrétaire général adjoint

Province Sud

Gil Brial, président de la commission du développement économique,
Eric Backes, secrétaire général adjoint,
Raphael Larvor, directeur adjoint, chef du service du développement économique

Province des Iles Loyauté

M. Neko Hnepeune, président,
L'institut de la statistique et des études économiques (ISEE)

Alexandre Gautier, directeur

Le Conseil économique et social

Yves Tissandier, président

Et les autres membres du CES présents lors de la réunion du 20 avril 2012

Etablissement de la régulation des prix agricoles (ERPA)

Robert Costa, directeur,
Laure Virapin, directrice adjointe,

Les chambres consulaires

La chambre de commerce et d'industrie

André Desplats, président,

La chambre d'agriculture

Fanny Cotensou, chargée de mission,

Chambres des métiers et de l'Artisanat :

Daniel Viramoutoussamy, président,

Alexia Basset, directrice des services de développement économique,

Les organisations professionnelles et syndicales

Associations de consommateurs :

UFC que choisir

Intersyndicale :

Syndicat USOENC

Didier Guénant-Janson

Ainsi que :

M. Jean-Louis PAGNON, substitut du procureur général de la Cour d'Appel de Nouméa,

Marie Françoise Brulé, chargée de mission à la DGCCRF,

LISTE DES ARTICLES OU DOCUMENTS CONSULTES

« Les défis de la croissance calédonienne » –CEROM (comptes économiques rapides de l'Outre Mer) 2008

- « Les causes de la vie chère en Nouvelle Calédonie, structure des prix et des coûts », avril 2009-SYNDEX
- « La formation des prix alimentaires », Eric Besson – décembre 2008
- « problèmes économiques : carburant, un mal nécessaire – lettre de l’OFCE – Céline Antonin
- « Capital naturel et développement durable en Nouvelle Calédonie –Etude 1. Mesure de la « richesse totale » et soutenabilité du développement en Nouvelle Calédonie » -2009 – Agence française de développement
- Assemblée nationale –rapport d’information – sur la situation économique en Nouvelle Calédonie – G. Carrez et Yves Tavernier
- Rapport d’observations définitives établi à la suite de l’examen de la gestion des recettes fiscales et douanières de la Nouvelle Calédonie – à partir de 2002 – Chambre territoriale des comptes de Nouvelle Calédonie
- Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie -Observations définitives concernant l’ERPA - à partir de l’exercice 2006 –
- Propositions de rationalisation de la fiscalité indirecte de la Nouvelle Calédonie - Jean Pierre Lieb -2010
- « Du blocage des prix à la déréglementation – 50 ans de prix à la consommation » INSEE septembre 1996- Catherine Gilles et Françoise Fauvin, division des prix à la consommation. INSEE
- « Nouvelle-Calédonie : le pari du destin commun »- Rapport d'information de MM. Christian COINTAT et Bernard FRIMAT, fait au nom de la commission des lois – juin 2011
- « les autorités administratives indépendantes » – étude réalisée pour le rapport du Sénat – 2006 - Marie Anne Frison Roche
- « les autorités administratives indépendantes » rapport public du Conseil d’Etat (2001)

