

**Premier anniversaire
de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie**

*La pratique du droit de la concurrence
en Nouvelle-Calédonie et dans les autres collectivités d'outre-mer*

**Le droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie :
une co-construction**

**Chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie
Vendredi 1^{er} mars 2019**

**Intervention de Bruno Lasserre¹,
vice-président du Conseil d'Etat**

¹ Texte écrit en collaboration avec Sarah Houllier, magistrat administratif, chargée de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat.

Madame la présidente de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie,

Monsieur le président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie,

Mesdames et Messieurs les élus de la Nouvelle-Calédonie,

Madame la présidente de la Chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie,

Mesdames et Messieurs les présidents des autorités de la concurrence,

Mesdames et Messieurs les professeurs et les avocats,

Mesdames et Messieurs,

Je suis très heureux d'être avec vous aujourd'hui pour ce colloque organisé en l'honneur du premier anniversaire de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Lorsque j'étais président de l'Autorité de la concurrence nationale, j'avais appuyé avec beaucoup de détermination la création de cette autorité et c'est donc pour moi un grand plaisir de pouvoir fêter aujourd'hui, avec vous, sa première année de fonctionnement.

Les accords de Nouméa, signés le 5 mai 1998, ont prévu un transfert de compétence immédiat au profit du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en matière de concurrence, répression des fraudes, droit de la concentration économique et en matière de

réglementation des prix et d'organisation des marchés². Il s'en est suivi la création progressive d'un droit de la concurrence spécifique et adapté aux particularités de l'économie néo-calédonienne. Mais l'originalité de ce processus ne tient pas tant à la substance du droit qui en est issu, qu'à la multitude et la nature des interventions qui ont permis de faire naître un droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie. L'intitulé de mon intervention évoque un processus de « co-construction » car c'est grâce à la participation de tous – l'Etat, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, mais aussi l'Autorité de la concurrence nationale, le Conseil d'Etat et le juge constitutionnel – que ce droit est né, au terme d'un processus auquel chacun a pris toute sa part. Cette collaboration a été visible tout au long du processus de construction du droit de la concurrence néo-calédonien : au stade du diagnostic (I), lors de la construction d'un droit adapté (II) et encore aujourd'hui au stade du contrôle par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat (III).

*

* *

I. Le constat a été rapidement dressé : plusieurs mécanismes propres à l'économie de la Nouvelle-Calédonie affectaient la libre concurrence au détriment des consommateurs.

² Article 22, 19° et 20° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Ce diagnostic doit beaucoup au travail réalisé, en 2012, par l'Autorité de la concurrence nationale. A cette époque, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le Haut-Commissariat et l'Autorité de la concurrence ont conclu une convention d'assistance technique qui prévoyait que l'Autorité de la concurrence analyse l'état de la concurrence en Nouvelle-Calédonie. Deux rapports ont été rendus le 21 septembre 2012 portant, pour l'un, sur les mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation³ et, pour l'autre, sur les structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie⁴. Ces travaux s'inscrivaient dans la lignée d'un travail de fond réalisé sur les conditions de l'activité économique dans les territoires ultra-marins en général⁵. Nous étions en effet convaincus, à l'Autorité de la concurrence, que les personnes vivant dans ces territoires ne devaient pas être oubliées dans les débats nationaux sur la concurrence et la régulation de la vie économique et que les particularités de ces territoires devaient faire l'objet d'une régulation adaptée.

S'agissant plus particulièrement de la Nouvelle-Calédonie, l'Autorité de la concurrence a mis en évidence deux axes de difficulté justifiant une évolution de la réglementation en matière de prix et la

³ *Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, établi par MM. Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, 21 septembre 2012.

⁴ *Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012.

⁵ Voir, notamment, la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'internet haut-débit dans les départements d'outre-mer (n° 09-D-11 du 18 mars 2009), l'avis relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer (n° 09-A-21 du 24 juin 2009), l'avis relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer (n° 09-A-45 du 8 septembre 2009).

création de structures de contrôle adaptées⁶. D'une part, l'Autorité de la concurrence a constaté que la Nouvelle-Calédonie partage avec d'autres collectivités d'outre-mer certaines problématiques : insularité, éloignement de la métropole et étroitesse des marchés locaux. Il en résulte un problème de coût des produits qui se retrouve dans nombre de collectivités d'outre-mer et qui, en Nouvelle-Calédonie, est le résultat de la géographie autant que de la structure de la consommation. S'ajoutent à ces facteurs, la sédimentation des taxes à l'importation, en particulier sur les produits alimentaires, ainsi que les nombreux mécanismes de restrictions quantitatives à l'importation – quotas, contingentement... – qui ont pour effet de gonfler artificiellement les prix au détriment des consommateurs⁷.

D'autre part, la Nouvelle-Calédonie souffrait de limites tenant à la réglementation locale. Le transfert de la compétence en matière de concurrence après les accords de Nouméa ne s'était pas accompagné d'une libéralisation des marchés locaux. Au contraire, l'économie de la Nouvelle-Calédonie demeurait très largement administrée, avec une réglementation des prix dans de très nombreux secteurs⁸. Dans ses rapports, l'Autorité de la concurrence mettait notamment en évidence les limites des restrictions à l'importation qui, même justifiées par des objectifs de protection de l'emploi et de certaines filières, faisaient

⁶ *Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012.

⁷ *Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, établi par MM. Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, 21 septembre 2012, p. 47.

⁸ Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.

peser un risque sur la compétitivité de l'économie locale et sur la capacité des entreprises à innover en l'absence d'une concurrence suffisante venant de l'intérieur comme de l'extérieur de la Nouvelle-Calédonie⁹.

La combinaison de tous ces facteurs faisait peser un risque pour l'économie locale et j'avais signalé, dès 2013, qu'il était important de limiter les entraves à la libre concurrence pour éviter que les comportements des entreprises ne viennent ajouter aux difficultés naturellement rencontrées par les territoires d'outre-mer, dont la Nouvelle-Calédonie, du fait de leur insularité et de leur éloignement¹⁰.

II. Dans ces conditions, des évolutions étaient nécessaires pour faire naître un droit de la concurrence profitable aux consommateurs mais adapté aux contraintes de l'économie locale.

A. Plusieurs acteurs se sont attachés à faire naître un corpus juridique adéquat.

Dans un premier temps, cette mission a été dévolue aux autorités locales avec l'adoption de plusieurs textes œuvrant au profit d'une meilleure régulation de la concurrence. La première délibération

⁹ Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012, p. 7.

¹⁰ Audition de Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, sur les problèmes de concurrence en outre-mer par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, 4 décembre 2013, compte-rendu n° 33.

substantielle en la matière a été celle du 6 octobre 2004¹¹ qui pose les bases, mais restait toutefois insuffisante. En effet, cette délibération définissait des principes généraux en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence¹². Elle restait cependant muette sur le contrôle des concentrations, alors que la régulation du marché demeurait de la compétence du Gouvernement et non, à l'inverse de ce qui se pratiquait en métropole, de celle d'une autorité administrative indépendante. Plusieurs textes adoptés dans le sillage des rapports de l'Autorité de la concurrence de 2012 ont par conséquent prévu des dispositions adaptées à la situation néo-calédonienne. C'est le cas de la loi du pays du 24 octobre 2013¹³, présentée comme une loi « anti-trust », qui instaure un mécanisme d'autorisation des concentrations avec un seuil abaissé par rapport à ce qui est exigé en France métropolitaine¹⁴. L'abaissement du seuil résulte précisément de la volonté du législateur calédonien de tenir compte de l'étroitesse du marché local et du fait qu'il est déjà très concentré : même une opération minime est ainsi susceptible d'y réduire significativement la concurrence.

B. La création d'une Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie a parachevé le processus de différenciation du droit de la concurrence initié par les accords de Nouméa.

¹¹ Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.

¹² Articles 68 à 72 de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.

¹³ Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

¹⁴ Le seuil est de 5 millions d'euros de chiffre d'affaire réalisé en Nouvelle-Calédonie contre 50 millions d'euros pour les entreprises établies en France métropolitaine (Art. L. 430-2 du code du commerce).

Ce ne fut pourtant pas chose facile que de faire advenir cette création. Dès 2009, le Conseil d'Etat s'était prononcé favorablement à la création d'une autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie, mais il avait mis en évidence les limites de cette autorité qui, en vertu des textes alors en vigueur, ne pouvait avoir qu'un rôle consultatif¹⁵. Or, dès lors que l'objectif affiché était de transférer à cette autorité une partie des compétences exercées par le Gouvernement local en matière de concurrence, il était nécessaire de modifier la loi organique. Ce processus ne fut pas sans embûches. C'est la Polynésie française qui a ouvert la voie avec l'adoption de la loi organique du 1^{er} août 2011 qui autorise la création d'autorités administratives indépendantes dans cette collectivité¹⁶. Dans le droit-fil, la loi organique du 15 novembre 2013¹⁷ a permis de débloquent la situation en ouvrant une même possibilité pour la Nouvelle-Calédonie et l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie fut ensuite créée par la loi du pays du 24 avril 2014¹⁸. Et aujourd'hui, malgré les difficultés initialement rencontrées pour composer l'Autorité¹⁹, nous fêtons – et je m'en réjouis – le premier anniversaire de cette autorité administrative

¹⁵ Avis (section de l'intérieur) du 22 décembre 2009, n° 383.316.

¹⁶ Article 8 de la loi organique n° 2011-918 du 1^{er} août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française.

¹⁷ Loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie qui crée un article 27-1 dans la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Cette création a été validée par le Conseil constitutionnel (décision du 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC).

¹⁸ Loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁹ Une nouvelle loi organique et une nouvelle loi du pays ont été nécessaires pour assouplir les règles d'incompatibilité initialement prévues (Loi organique n° 2016-507 du 25 avril 2016 relative au statut des autorités administratives indépendantes créées par la Nouvelle-Calédonie et Loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016, « Concurrence, compétitivité et prix »).

indépendante, la première en Nouvelle-Calédonie, entrée en fonction le 2 mars 2018.

Chargée de veiller au libre jeu de la concurrence et au fonctionnement concurrentiel des marchés en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité de la concurrence exerce son contrôle de manière adaptée, malgré des outils proches de ceux applicables en métropole. Comme je l'évoquais précédemment, ce sont surtout les seuils de contrôle qui ont été adaptés pour tenir compte de la concentration préexistante du marché.

III. Ces spécificités ont été consacrées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat.

A. Le Conseil constitutionnel a notamment admis que l'objectif de préservation de l'ordre public économique en Nouvelle-Calédonie justifiait certaines entorses à la liberté d'entreprendre. Ainsi, si la définition d'une concentration reste la même qu'en métropole, l'abaissement des seuils déclenchant le contrôle et l'exercice d'un contrôle *a priori* ont été jugés conformes à la Constitution alors même que cela aboutissait à contrôler quasiment toutes les opérations de concentration sur le marché néo-calédonien²⁰. Dans la même décision, le Conseil constitutionnel a également estimé que les seuils très faibles retenus pour le contrôle de l'accroissement

²⁰ CC, 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, n° 2013-3 LP, pt. 5.

des surfaces exploitées dans le commerce de détail étaient conformes à la Constitution²¹ et ce alors même que le Conseil d'Etat avait pour sa part suggéré un seuil plus élevé – 600 m² – pour éviter le risque d'inconstitutionnalité²². Le Conseil constitutionnel a aussi admis la conformité à la Constitution du dispositif des injonctions structurelles²³, alors que le Conseil d'Etat les contrôle très strictement en Polynésie²⁴. Enfin, le Conseil constitutionnel a admis qu'un monopole confié à un organisme chargé de l'approvisionnement du marché local en viande ne revêtait pas un caractère disproportionné compte tenu des particularités de la Nouvelle-Calédonie²⁵. Ce faisant, le Conseil constitutionnel consacre un droit de la concurrence plus strict en Nouvelle-Calédonie et une appréhension assez lâche de la liberté d'entreprendre dans ce territoire²⁶.

B. Pour sa part, le Conseil d'Etat fait vivre cet équilibre au travers du contrôle qu'il exerce sur les lois du pays depuis l'adoption de la loi organique de 1999²⁷. Outre le contrôle vigilant qu'il exerce sur le respect des compétences respectives de l'Etat et de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil d'Etat s'est toujours montré très attentif à ce que l'équilibre atteint corresponde aux réalités économiques, politiques et sociales de la Nouvelle-Calédonie. Il

²¹ CC, 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, n° 2013-3 LP, pt. 11. Le seuil retenu par la loi est de 350 m².

²² Avis (section des finances) du 2 avril 2013, n° 387.456.

²³ CC, 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, n° 2013-3 LP, pt. 15.

²⁴ CE, 16 octobre 2013, *Electricité de Tahiti (EDT)*, n° 365067.

²⁵ CC, 22 juin 2012, *Etablissements Bargibant SA*, n° 2012-258 QPC, pts. 5, 6 et 8.

²⁶ E. Akoun, « L'intervention publique économique en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2014, p. 231.

²⁷ Article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

s'attache, en particulier, à garantir un équilibre adéquat entre les exigences de la liberté d'entreprendre, découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et la nécessité de tenir compte des contraintes économiques particulières de la Nouvelle-Calédonie. Il a ainsi estimé que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par l'instauration d'un dispositif d'injonction structurelle en Nouvelle-Calédonie était justifié par la nécessité d'assurer un niveau de concurrence suffisant sur ce territoire²⁸. Il préconisait toutefois de limiter ce dispositif aux entreprises réalisant un chiffre d'affaire suffisamment important. Plus récemment, le Conseil d'Etat a admis que certaines mesures de gel des coefficients et taux de marge prévues par la loi du pays du 30 septembre 2016, « Concurrence, compétitivité et prix »²⁹, poursuivait un objectif d'intérêt général – à savoir la modération voire la baisse des prix en Nouvelle-Calédonie et la préservation du pouvoir d'achat des consommateurs³⁰. Néanmoins, le Conseil d'Etat, comme l'Autorité de la concurrence nationale, se montre réservé sur le contrôle des prix et les dispositifs généraux de protection du marché. Saisi en décembre dernier du projet de loi du pays de modernisation des protections de marché, le Conseil d'Etat a validé le principe de ces protections tout en insistant sur la nécessité de réserver de telles mesures aux cas où elles sont nécessaires pour éviter des distorsions de prix au détriment du pouvoir d'achat des consommateurs³¹. Dès lors que ces restrictions

²⁸ Avis (section des finances) du 2 avril 2013, n° 387.456.

²⁹ Loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 « Concurrence, Compétitivité et Prix ».

³⁰ Avis (section des finances) du 26 mai 2016, n° 391.543.

³¹ Avis (section des finances) du 11 décembre 2018, n° 396.345.

ne reposent sur aucune condition de prix, je pense à titre personnel nécessaire d'être attentif à ce que leur instauration ne conduise pas à une détérioration pérenne du pouvoir d'achat des consommateurs.

*

* *

Mesdames et Messieurs, nous le voyons bien : le droit de la concurrence néo-calédonien n'est pas le fruit d'une volonté unilatérale du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou d'une décision imposée par l'Etat. Il est au contraire le fruit d'un travail de concertation, de collaboration et d'échanges entre les différents acteurs intéressés par le sujet. La convention d'assistance technique conclue en 2012 témoigne de la nature de cette collaboration et de son importance. Aux côtés de ces acteurs, le Conseil d'Etat, en tant que la Constitution le charge de contrôler *a priori* les lois du pays, ainsi que le Conseil constitutionnel ont joué un rôle essentiel pour faire émerger un droit de la concurrence conforme aux attentes des consommateurs et des citoyens et adapté aux contraintes de la vie économique néo-calédonienne. Aujourd'hui, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dispose de l'ensemble des prérogatives de nature à lui permettre d'exercer son office. Et au terme de cette première année réussie, je lui souhaite de poursuivre, avec autant de succès, son activité au cours des prochaines années.