



Autorité de la Concurrence  
de la Nouvelle-Calédonie

**AVIS n° 2018-A-07 du 31 août 2018**

**relatif à l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative  
du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Livre IV)**

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

Vu la lettre en date du 9 août 2018, enregistrée le 10 août 2018 sous le numéro 18/0014A, par laquelle l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « l'Autorité ») a été saisie, sur le fondement des articles Lp. 411-1 et Lp. 462-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après, le « code de commerce »), d'une demande d'avis par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Livre IV).

Vu la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi du pays n°2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, le rapporteur général adjoint, le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 28 août 2018 ;

Après en avoir délibéré le 28 août 2018, est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Le dernier alinéa de l'article Lp. 462-2 du code de commerce dispose que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est « *obligatoirement consultée (...) par le gouvernement sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d'arrêté relatifs à toute modification des titres II, III, IV, V, VI et VII du livre IV de la partie législative et réglementaire du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie* ». L'article Lp. 411-1 indique au surplus que l'Autorité est consultée sur « *les projets et propositions de lois du pays et de délibération du congrès relatifs à la réglementation des prix* ».
2. Par lettre du 9 août 2018, enregistrée le 10 août 2018, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « l'Autorité ») a été saisie par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le gouvernement ») d'une demande d'avis portant sur un avant-projet de loi du pays visant à modifier les dispositions de la partie législative du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie intitulé « *De la liberté des prix et de la concurrence* ».
3. Les dispositions modifiées sont insérées dans le titre I du livre IV du code de commerce, dont les dispositions sont relatives à la réglementation des prix, et dans les titres II à VII de ce même livre, auxquels il est fait référence à l'article Lp. 462-2. L'Autorité est donc compétente pour rendre un avis sur le fondement de l'article Lp. 411-1 et de l'article Lp. 462-2 du code de commerce.
4. Les dispositions modifiées s'inscrivent dans le prolongement de la Recommandation de l'Autorité n° 2018-R-01 du 5 juin 2018 *relative à la modernisation des dispositions du code de commerce relatives à la liberté des prix et à la concurrence*.
5. **En premier lieu**, l'Autorité se félicite que l'essentiel des propositions formulées dans le cadre de cette recommandation ait été repris dans les dispositions de l'avant-projet de loi du pays soumis pour avis.
6. L'Autorité confirme que ces dispositions sont indispensables puisqu'elles vont améliorer son cadre d'intervention et renforcer ses moyens de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Ces nouvelles dispositions permettent en effet :
  - d'ajuster la rédaction de différents articles et de remplacer certains termes inappropriés, pour une meilleure sécurité juridique ;
  - de rendre plus cohérent et clair le régime des consultations obligatoires de l'Autorité sur les projets de texte du gouvernement ou du congrès ;
  - de simplifier et de clarifier les règles et les délais des procédures d'instruction en matière de concentration ou dans le secteur du commerce de détail, et de supprimer une exemption inutile en matière d'abus de position dominante ;
  - de renforcer les dispositifs de sanction en complétant le régime applicable en matière de commerce de détail, et en permettant au président du gouvernement et de l'Autorité de saisir le juge pour obtenir le prononcé d'une amende civile en matière de pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de l'article Lp. 442-6 du code de commerce ;
  - de supprimer l'interdiction des prix abusivement bas dans la mesure où cette pratique est déjà répréhensible au titre de l'abus de position dominante ou l'abus de dépendance économique dans le cadre de l'article Lp. 421-2 du code de commerce ;

– de favoriser le contrôle des pratiques restrictives de concurrence en substituant aux sanctions pénales actuelles des sanctions administratives, et en créant une procédure contradictoire devant l’Autorité ;

– d’améliorer sensiblement les garanties d’indépendance de l’Autorité, notamment par la désignation du président de l’Autorité en qualité d’ordonnateur principal des dépenses et des recettes de l’Autorité et par l’introduction de règles adaptées au libre recrutement de ses agents.

7. Comme l’a souligné à juste titre le commissaire du gouvernement en séance, l’Autorité se félicite que certaines des modifications proposées par l’avant-projet de loi soumis à son avis aient déjà été adoptées par le congrès à l’occasion de l’adoption de la loi du pays *modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d’autres dispositions* le 22 août 2018, à savoir :

– l’article 2 qui simplifie la procédure de consultation pour avis de l’Autorité sur les projets d’arrêtés du gouvernement portant fixation ou approbation des tarifs réglementés prévue par l’article Lp. 411-1 du code de commerce, en prévoyant une transmission obligatoire des projets d’arrêté assortie d’une saisine facultative ;

– et l’article 3 qui précise que l’amende en cas de manquement à l’obligation d’information prévue à l’article Lp. 412-4 du code de commerce s’applique pour chaque défaut de transmission de prix par catégorie de produits.

8. L’Autorité regrette en revanche la modification apportée à l’article Lp. 411-1 sur les délais laissés à l’Autorité en cas de saisine obligatoire sur les projets ou propositions de loi du pays ou de délibération du congrès relatifs à la réglementation des prix. En effet, alors que l’article 2 du présent avant-projet de loi du pays prévoit un délai de quarante jours ouvrés à compter de la saisine, le nouvel article Lp. 411-1 maintient un délai d’un mois et introduit une procédure d’urgence au titre de laquelle l’Autorité devra rendre son avis dans un délai de 15 jours. L’expérience récente de l’Autorité montre qu’un délai d’un mois est déjà extrêmement court pour rendre un avis circonstancié et indépendant étant donné la procédure applicable à l’Autorité, qui repose sur une enquête du service d’instruction puis sur une séance du collège de l’Autorité avant de pouvoir rédiger l’avis. L’introduction d’une procédure d’urgence en quinze jours rend la tâche quasiment impossible. L’Autorité recommande donc de modifier l’article Lp. 411-1 du code de commerce dans le sens prévu par l’article 2 du présent avant-projet de loi du pays pour garantir l’efficacité de cette procédure.

9. L’Autorité prend acte du fait que l’avant-projet de loi du pays soumis pour avis n’intègre pas deux de ses propositions qui visaient à lutter contre la « vie chère » en Nouvelle-Calédonie pour les raisons exprimées dans sa recommandation n° 2018-R-01 précitée, à savoir :

– la suppression de l’interdiction de revente à perte de la part des commerçants à l’égard des consommateurs, actuellement prévue par l’article Lp. 442-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, et les modifications de coordination prévues aux articles Lp. 411-2, Lp. 442-4, Lp. 442-9 et Lp. 471-1 ;

– la suppression de l’interdiction de facturer des remises différées prévue par l’article Lp. 441-2-1 du même code.

10. **En deuxième lieu**, l’Autorité observe que les dispositions du code de commerce de l’Etat ont été actualisées par la loi n° 2018-643 du 23 juillet 2018 *relative aux contrôles et aux sanctions en matière de concurrence en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie*. L’adoption de cette loi a permis de clarifier la répartition des compétences entre l’Etat et la Nouvelle-Calédonie s’agissant des pouvoirs d’enquête accordés aux agents de la Direction des affaires économiques (DAE) et aux agents de l’Autorité.
11. Il est désormais établi que l’ensemble des pouvoirs d’enquête des agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie est régi par la loi nationale, et plus particulièrement s’agissant des agents de la DAE par le code de commerce de l’Etat, conformément à l’article 86 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. C’est la raison pour laquelle le nouvel article Lp. 450-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, résultant de l’avant-projet de loi soumis pour avis, renvoie directement aux dispositions métropolitaines.
12. S’agissant des pouvoirs d’enquête accordés aux agents de l’Autorité, deux situations doivent être distinguées. En vertu de l’article 27-1 de la même loi organique, la loi du pays peut prévoir les « *pouvoirs d’investigation* » nécessaires à l’accomplissement des missions d’une autorité administrative indépendante (pouvoirs d’enquête simple). Néanmoins, l’Etat demeure compétent pour fixer, par la loi nationale, les pouvoirs d’investigation des agents d’une autorité administrative indépendante portant atteinte au droit au respect de la vie privée qui nécessitent une autorisation du juge des libertés et de la détention (pouvoirs d’enquête approfondie).
13. Dans ce cadre, l’Autorité se félicite du fait que la loi n° 2018-643 du 23 juillet 2018 précitée accorde désormais aux agents de l’Autorité ainsi qu’aux agents de la DAE, des pouvoirs d’enquête approfondie équivalents à ceux dont bénéficient les agents des autorités métropolitaine et polynésienne de la concurrence.
14. L’Autorité estime également nécessaire, comme le propose l’article 35 de l’avant-projet de loi soumis pour avis, d’introduire un nouvel article Lp. 450-5 au sein du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, précisant les pouvoirs d’enquête simple accordés aux agents de l’Autorité. A l’instar des dispositions applicables aux agents de l’Autorité métropolitaine et polynésienne de concurrence et aux agents de la DAE par la loi nationale, ce nouvel article Lp. 450-5 autorise les agents assermentés de l’Autorité à constater les infractions au livre IV du code de commerce en ayant le droit :
  - d’opérer sur la voie publique et de pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans les lieux à usage professionnel et les transports, et en dehors de ces heures lorsque les lieux sont ouverts au public ;
  - d’exiger la communication des livres, factures et autres documents professionnels et obtenir ou prendre copie de ces documents, et d’avoir accès aux logiciels et aux données stockées pour le contrôle des opérations faisant appel à l’informatique ;
  - de différer le moment où ils déclinent leur qualité et de faire usage d’une identité d’emprunt dans certaines circonstances.
15. **En troisième lieu**, afin de réparer un oubli, l’Autorité considère que le deuxième alinéa de l’article Lp 431-4 du code de commerce permettant aux parties à une concentration de réaliser, à titre dérogatoire, tout ou partie de l’opération avant que l’Autorité ait rendu sa décision définitive, pourrait être modifié pour le rédiger sur le modèle de l’article L. 431-4 du code de

commerce de l'Etat afin de permettre à l'Autorité d'accorder cette dérogation en l'assortissant de conditions<sup>1</sup>.

16. **En dernier lieu**, l'Autorité salue l'avis rendu par le Conseil économique, social et environnemental (CESE) n° 24/2018 du 24 août 2018 sur le présent avant-projet de loi du pays qui comporte sept recommandations pertinentes.
17. S'agissant de la proposition n° 1, l'Autorité considère qu'il serait envisageable d'accélérer la procédure en raccourcissant le délai de 130 jours maximum pour rendre sa décision à compter l'ouverture d'un examen approfondi d'une opération de concentration en cas de doute sérieux d'atteinte à la concurrence, dans une limite raisonnable. A titre de comparaison, en métropole, le délai maximal applicable à compter de la décision d'ouverture d'un examen approfondi est de 85 jours ouvrés, en application de l'article L. 430-7 du code de commerce métropolitain. L'Autorité en déduit qu'en Nouvelle-Calédonie, ce délai ne devrait pas être fixé à moins de 100 jours pour tenir compte de ses moyens limités pour exercer l'ensemble de ses missions.
18. S'agissant de la proposition du CESE n° 3 visant à garantir l'anonymat des personnes tiers à une opération ou dénonçant une opération illégale, l'Autorité rappelle que cela est déjà possible. Les autres recommandations du CESE n'appellent pas d'observation particulière.

## Conclusion

19. En réponse à la demande d'avis du gouvernement relative à l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Livre IV), l'Autorité considère que ces dispositions sont indispensables pour favoriser l'exercice de ses missions, renforcer ses garanties d'indépendance et améliorer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. L'Autorité formule en outre trois recommandations :

**Recommandation n° 1 :** Rédiger l'article Lp. 411-1 du code de commerce récemment modifié par le congrès, conformément à l'article 2 du présent avant-projet de loi du pays pour laisser à l'Autorité un délai raisonnable d'examen des saisines obligatoires pour avis sur les projets de loi du pays et les projets de délibération relatifs à la réglementation des prix ;

**Recommandation n° 2 :** Compléter l'article Lp. 431-4 du code de commerce afin de permettre à l'Autorité d'autoriser les parties à une concentration de réaliser, à titre dérogatoire, tout ou partie de l'opération avant qu'elle rende sa décision définitive, en l'assortissant de conditions le cas échéant ;

---

<sup>1</sup> Article L. 430-4 du code de commerce : « La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article L. 430-7-1, celui du ministre chargé de l'économie.

*En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci. L'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions. (surligné par nos soins)*

*La dérogation mentionnée au deuxième alinéa cesse d'être valable si, dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération, l'Autorité de la concurrence n'a pas reçu la notification complète de l'opération. ».*

**Recommandation n° 3 :** Donner suite aux recommandations du CESE sous réserve de préciser que le raccourcissement du délai maximum pour rendre une décision à compter l'ouverture d'un examen approfondi d'une opération de concentration en cas de doute sérieux d'atteinte à la concurrence ne saurait être inférieur à 100 jours, contre 130 jours actuellement.

Délibéré sur le rapport oral de M. Romain Galante, rapporteur général adjoint, en présence de Mme Virginie Cramenil de Laleu, rapporteure générale, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente et MM. Jean-Michel Stoltz, vice-président, Matthieu Buchberger et Robin Simpson, membres.

La secrétaire de séance,

Marie-Christine Marzin



La Présidente,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "A. Zoude-Le Berre".

Aurélie Zoude-Le Berre