

**Avis n° 2025-A-01 du 10 février 2025
sur la situation de la concurrence dans le secteur des agences de tourisme et de
voyages**

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la saisine du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en date du 8 décembre 2022, enregistrée le jour-même sous le numéro 22-0023A, sollicitant l'avis de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « Autorité »), sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « Code de commerce »), sur les « *risques de violation du libre jeu de la concurrence* » que présenterait l'agrément d'une société publique financée par la province Sud comme agence de tourisme ainsi que sur les « *les modifications qui pourraient être apportées à la réglementation afin de se prémunir pour l'avenir de toute violation de la libre concurrence dans le cadre de la délivrance d'agrément* »¹ ;

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 et notamment son article Lp. 462-1 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 6 décembre 2024 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, le rapporteur, le commissaire du gouvernement, les représentants de la Direction des Affaires Economiques, les représentants de la SPL Sud Tourisme, entendus lors de la séance du 17 décembre 2024 ;

Après en avoir délibéré le même jour, est d'avis de présenter les observations qui suivent :

¹ Voir le courrier de saisine du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (Annexe 1, Cotes 2-3).

Résumé

L'Autorité a été saisie par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'une demande d'avis sur la situation de la concurrence dans le secteur des agences de tourisme et de voyages. Plus précisément, deux questions principales ont été soulevées : la légalité et les risques concurrentiels liés à l'intervention de la SPL Sud Tourisme dans le secteur des agences de tourisme et de voyages, ainsi que les modifications à apporter à la réglementation applicable à cette profession.

Le secteur touristique en Nouvelle-Calédonie est marqué par une forte intervention publique, principalement exercée par les provinces, conformément à leurs compétences en matière de développement économique et touristique. **Chacune des trois provinces a mis en place des structures dédiées à la promotion du tourisme.** Parmi elles, la SPL Sud Tourisme, créée par la province Sud, joue un rôle central en gérant notamment les offices de tourisme, en menant des actions de promotion et en coordonnant les initiatives locales.

En parallèle, les agences de tourisme et de voyages privées opèrent sur un marché concurrentiel. Elles proposent des services tels que la commercialisation de forfaits touristiques, un domaine dans lequel la SPL Sud Tourisme pourrait également intervenir. Cette double présence d'acteurs publics et privés crée des enjeux spécifiques, particulièrement au regard des financements publics alloués à la SPL et des informations stratégiques auxquelles elle a accès.

L'Autorité a en conséquence tout d'abord rappelé les principes encadrant l'intervention des personnes publiques sur les marchés concurrentiels. Selon la jurisprudence nationale et européenne, **une telle intervention doit être justifiée par un intérêt public suffisant, proportionnée aux objectifs poursuivis et limitée dans ses effets anticoncurrentiels.**

Dans ce cadre, l'Autorité a examiné les différentes activités de la SPL Sud Tourisme et identifié plusieurs risques de distorsion de concurrence :

- **Financements publics** : les subventions allouées à la SPL pour ses missions de service public pourraient être utilisées, directement ou indirectement, pour financer des activités commerciales concurrentielles, telles que la commercialisation de forfaits touristiques. Cela pourrait entraîner des pratiques de subventions croisées ou de prix prédateurs, contraires au droit de la concurrence.
- **Accès à des données sensibles** : en tant que gestionnaire des offices de tourisme, la SPL Sud Tourisme a accès à des informations stratégiques sur les opérateurs touristiques privés, ce qui pourrait lui conférer un avantage concurrentiel difficilement répliquable par ses concurrents.
- **Confusion entre activités publiques et concurrentielles** : l'absence de séparation claire entre les missions de service public et les activités commerciales de la SPL pourrait induire une confusion pour les consommateurs. Par exemple, la commercialisation de forfaits touristiques dans des espaces dédiés aux missions de service public, comme les offices de tourisme, pourrait offrir à la SPL un accès privilégié à une clientèle captive, au détriment des agences privées.

L'Autorité recommande ainsi **des mesures préventives**, notamment la mise en place d'**une comptabilité analytique** stricte pour distinguer clairement ses activités de service public de ses activités concurrentielles, ainsi qu'**une séparation fonctionnelle et organisationnelle des équipes.**

En outre, la réglementation actuelle portant sur la création et le fonctionnement des agences de voyages et des agences de tourisme, issue de la délibération n° 185 du 10 mai 2001, présente plusieurs dispositions restrictives de concurrence, **limitant l'accès et l'exercice de la profession.** L'Autorité a donc identifié plusieurs points à réformer. Elle est en effet d'avis de :

Recommandation n° 1 : rendre moins contraignants les critères d'accès à la profession prévus à l'article 7 de la Délibération ou de supprimer, le cas échéant, l'exigence de justifier d'une aptitude professionnelle pour pouvoir exercer la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

Recommandation n° 2 : supprimer ou limiter les incapacités et interdictions d'exercer la profession d'agent de tourisme ou de voyages pour les personnes physiques ayant fait l'objet des condamnations pénales citées par la réglementation.

Recommandation n° 3 : simplifier les modes de garanties, leur affectation et leur mise en œuvre, en vérifiant que le montant de la garantie exigée par la réglementation demeure adapté pour accéder à la profession.

Recommandation n° 4 : supprimer les exigences de disposer d'installations matérielles adaptées afin d'exercer la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

Recommandation n° 5 : supprimer la procédure relative à l'avis consultatif obligatoire du comité d'agrément des agences de voyages et des agences de tourisme pour accéder à la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

Recommandation n° 6 : substituer au régime d'autorisation de l'exercice de la profession d'agent de tourisme ou de voyages par l'octroi d'une licence par arrêté du gouvernement, un régime de déclaration avec enregistrement de la déclaration dans un registre d'immatriculation, permettant à l'administration de vérifier le respect des exigences essentielles.

Recommandation n° 7 : préciser le niveau de protection offert par la réglementation aux consommateurs de services d'agences de tourisme ou de voyages et de clarifier les responsabilités endossées par ces dernières vis-à-vis des consommateurs en cas de défaillance d'un transporteur pour la vente de vols « secs ».

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de l'avis ci-après.)

Table des matières

Introduction.....	6
I. Les caractéristiques du secteur des agences de tourisme et de voyages en Nouvelle-Calédonie	7
A. Le secteur des agences de tourisme et de voyages en Nouvelle-Calédonie.....	7
1. Les agences de tourisme et de voyages traditionnelles	7
2. Les agences de tourisme et de voyages en ligne	8
B. Un secteur marqué par l'interventionnisme des provinces	10
1. La compétence de droit commun des provinces en matière touristique	10
a. La province Nord.....	10
b. La province des îles Loyauté	10
c. La province Sud.....	11
2. La succession de structures tantôt provinciales, tantôt territoriales, chargées de la promotion touristique internationale du territoire	12
3. Le projet de la SPL Sud Tourisme.....	14
a. Une structure dédiée à l'attractivité et au développement touristique de la province	14
b. La gestion des offices de tourisme et des points d'information touristique	15
c. La mise en place d'une plateforme de réservation de prestations touristiques en ligne...	16
II. Analyse concurrentielle de l'intervention de la SPL Sud Tourisme sur le marché des agences de tourisme	17
A. Principes et règles encadrant l'intervention économique des personnes publiques	17
1. Le principe de l'intervention économique des personnes publiques en droit public	17
a. Les critères retenus par la jurisprudence nationale et européenne	17
b. Le choix de la société publique locale.....	18
c. Société publique locale et aide publique	19
2. Les modalités de l'intervention économique des personnes publiques en droit de la concurrence	20
a. La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence.....	20
i. Les conditions de soumission des personnes publiques aux règles de concurrence	20
ii. Les limites de compétence entre juge administratif et autorité de concurrence	21
iii. Les différentes pratiques des entreprises publiques contraires au droit de la concurrence	22
b. La mise en place de mesures préventives.....	26

i.	Séparation comptable	26
ii.	Séparation fonctionnelle et juridique	27
B.	Application au cas d'espèce	28
1.	Sur la question relative au principe de l'intervention publique dans le secteur touristique	28
2.	Sur la question relative aux risques de distorsion de concurrence liés à l'agrément de la SPL Sud Tourisme comme agence de tourisme.....	30
a.	S'agissant des avantages dont pourrait bénéficier la SPL par rapport aux agences de tourisme et de voyages.....	30
b.	S'agissant des risques liés à l'accès à des données relatifs aux opérateurs touristiques ..	31
c.	S'agissant du risque de confusion entre les activités.....	31
d.	S'agissant des mesures préventives.....	32
3.	Sur la question relative aux risques de distorsions de concurrence liés à la création d'une plateforme d'intermédiation en ligne entre les opérateurs touristiques et les consommateurs	33
a.	Le service public de l'activité d'intermédiation	33
b.	La juste compensation de l'activité d'intermédiation.....	33
c.	Les autres risques de distorsions posés par l'activité d'intermédiation.....	34
III.	L'avis de l'Autorité sur la réglementation applicable aux agences de tourisme et de voyages	35
A.	Sur le champ de contrôle de la réglementation en cause	35
B.	Sur les exigences d'aptitude professionnelle	36
C.	Sur les incapacités et interdictions d'exercer	37
D.	Sur les assurances responsabilité civile et les garanties financières.....	38
E.	Sur les exigences de disposer d'installations matérielles adaptées.....	39
F.	Sur la saisine obligatoire du comité d'agrément des agences de voyages et de tourisme	40
G.	Sur le régime d'autorisation applicable aux agents de voyages et de tourisme	41
H.	Sur la protection des consommateurs vis-à-vis des offres de forfaits touristiques	41

Introduction

1. Par courrier en date du 25 novembre 2022, enregistré le 8 décembre 2022, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi pour avis l'Autorité sur le fondement de l'article Lp. 462-1 du Code de commerce. Cette saisine concerne une demande de licence d'agence de tourisme déposée par la société publique locale Agence d'Attractivité Sud Tourisme (ci-après « SPL Sud Tourisme ») à la Direction des Affaires Economiques (ci-après « DAE »).
2. L'article Lp. 462-1 du Code de commerce, visé par l'acte de saisine, définit les modalités de la mission consultative de l'Autorité à l'égard des institutions. Il prévoit notamment que « [l]'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut être consultée par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie sur les propositions ou projets de loi du pays ou de délibération ainsi que sur toute question concernant la concurrence. Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ».
3. Par cette saisine, le gouvernement entend examiner les « *risques de violation du libre jeu de la concurrence* » que pourrait engendrer l'agrément de la SPL Sud Tourisme. Cette société, créée par la province Sud, a pour missions « *oultre l'accueil du public, l'accompagnement et l'animation des opérateurs touristiques, à proposer et à commercialiser des offres touristiques sur l'ensemble de la destination province Sud par la mise en place d'une marketplace [et de] développer des espaces de vente en direct dans les antennes de l'agence* »².
4. Plus spécifiquement, le gouvernement s'interroge sur l'impact de la commercialisation de forfaits touristiques par la SPL Sud Tourisme sur le secteur des agences de tourisme, lequel « *ne souffre pas de carence d'initiative privée* »³. Selon le gouvernement, cette activité pourrait créer de grandes difficultés pour les agences de tourisme, compte tenu du budget dont dispose la société créée par la province Sud, et présenter un risque contentieux concernant la délivrance de l'agrément autorisant son entrée sur ce marché.
5. Par ailleurs, le gouvernement estime que la saisine de l'Autorité présente l'opportunité de bénéficier de recommandations sur d'éventuelles modifications à apporter à la réglementation encadrant l'agrément des agences de tourisme.
6. Eu égard au périmètre de la saisine, le présent avis examine d'abord les effets de l'agrément d'une société publique financée par la province Sud en tant qu'agence de tourisme, puis les évolutions potentielles du cadre réglementaire relatif à ce secteur.
7. Ainsi, après une présentation du secteur des agences de tourisme et de voyages en Nouvelle-Calédonie, ainsi que du cadre réglementaire régissant leurs conditions d'exercice sur le territoire **(I)**, le présent avis analyse les risques de distorsions de concurrence liés à l'agrément de la SPL Sud Tourisme en tant qu'agence de tourisme **(II)** et formule des recommandations portant sur l'évolution du cadre réglementaire afin d'améliorer l'animation concurrentielle du secteur **(III)**.

² *Ibid.* (Annexe 1, Cote 2).

³ *Ibid.*

I. Les caractéristiques du secteur des agences de tourisme et de voyages en Nouvelle-Calédonie

8. La première partie de cet avis vise à fournir un cadre général permettant de mieux comprendre le fonctionnement du secteur des agences de tourisme et de voyages en Nouvelle-Calédonie. Tout d'abord, elle décrit les caractéristiques principales de ce secteur, en distinguant les agences traditionnelles et les agences en ligne (A). Elle analyse ensuite l'importance de l'interventionnisme des provinces dans le développement touristique, à travers leurs compétences respectives, leurs structures et leurs stratégies (B).

A. Le secteur des agences de tourisme et de voyages en Nouvelle-Calédonie

1. Les agences de tourisme et de voyages traditionnelles

9. L'activité des agences de tourisme et de voyages en Nouvelle-Calédonie est réglementée par la délibération n° 185 du 10 mai 2001, qui définit leur champ d'intervention à l'article 1^{er} comme suit :

« Est considérée comme agence de voyages ou agence de tourisme, toute personne physique ou morale qui se livre ou apporte son concours, quelles que soient les modalités de sa rémunération, aux opérations consistant en l'organisation ou la vente :

- *de voyages ou de séjours individuels ou collectifs,*
- *de services pouvant être fournis à l'occasion de voyages ou de séjours, notamment la délivrance de titres de transport, la réservation de chambres dans les établissements hôteliers, la délivrance de bons d'hébergement ou de restauration,*
- *de forfaits touristiques, résultant de la combinaison préalable d'au moins deux opérations portant respectivement, sur le transport, le logement ou d'autres services non accessoires au transport ou au logement et représentant une part significative dans le forfait ; dépassant vingt-quatre heures ou une nuitée ; vendus ou offerts à la vente à un prix tout compris.*

Les agences de voyages organisent la vente de prestations extérieures à la Nouvelle-Calédonie.

Les agences de tourisme organisent la vente de prestations intérieures à la Nouvelle-Calédonie »⁴.

10. L'accès à la profession est également encadré : les agents doivent obtenir une licence d'agence de tourisme ou d'agence de voyages délivrée par la DAE. Cette licence est notamment obligatoire pour la commercialisation de forfaits touristiques, que la DAE définit comme « *la combinaison préalable d'au moins 2 opérations portant respectivement sur le transport, le logement ou services non accessoires au transport ou au logement et représentant une part significative dans les forfaits, d'une durée dépassant 24 heures ou comptant 2 nuitées minimum* »⁵.
11. En Nouvelle-Calédonie, le secteur compte huit agences titulaires d'une licence d'agence de voyages (dites « émettrices ») et huit agences titulaires d'une licence d'agence de tourisme (dites

⁴ Délibération n° 185 du 10 mai 2001 réglementant la création et le fonctionnement des agences de voyages et des agences de tourisme, JONC du 5 juin 2001, p. 2644.

⁵ Note d'information réglementaire de la DAE en date du 19 juillet 2019 sur les forfaits touristiques (Annexe 13, Cote 148).

« réceptives »). Trois agences cumulent les deux licences, leur permettant d'être à la fois émettrice et réceptive⁶.

12. Contrairement aux voyagistes (ou tour-opérateurs) qui créent et vendent leurs propres produits, les agences se positionnent comme intermédiaires, regroupant les prestations de divers opérateurs (compagnies aériennes, hôteliers, loueurs de voiture, compagnies d'assurances) pour les revendre aux consommateurs. Elles vendent des circuits et des séjours, percevant au passage une commission versée par leurs fournisseurs. Les agences calédoniennes perçoivent également des commissions proportionnelles sur les ventes de billets de transport aérien, versées par les compagnies aériennes.
13. Astreintes à un devoir de conseil, les agences de voyages calédoniennes portent la responsabilité juridique de l'exécution des prestations qu'elles commercialisent, même si leur mise en œuvre opérationnelle dépend de leurs fournisseurs prestataires de services.
14. En Métropole et dans l'Union européenne, les responsabilités des agences de voyages diffèrent selon la nature des prestations commercialisées : alors qu'elles sont responsables de plein droit de la bonne exécution des voyages à forfait en application de la directive (UE) 2015/2302 du 25 novembre 2015, transposée en droit français aux articles L. 211-1 et suivants du Code du tourisme (lequel n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie), la jurisprudence ne les considère que comme mandataires lorsqu'elles commercialisent un titre de transport seul (« vol sec ») en tant qu'intermédiaire d'une compagnie aérienne. Dès lors, hormis en cas de faute de l'agence, alors responsable en application de l'article 1992 du Code civil, la responsabilité de l'exécution ou du remboursement du vol échoit au seul transporteur.
15. En Nouvelle-Calédonie, la délibération n° 185 du 10 mai 2001 se limite à évoquer en son article 22-4 que la responsabilité du « vendeur » vis-à-vis de « l'acheteur ».
16. Généralement titulaires d'agréments des transporteurs ou de l'Association du transport aérien international (IATA) pour la vente de billets aériens, les agences ont la faculté d'émettre et de modifier les titres de transport à la demande de leur clientèle, puis de transmettre aux transporteurs les fonds correspondants *via* un système dédié de facturation et de compensation. Pour la consultation des disponibilités et des tarifs puis la prise des réservations, elles ont accès aux données agrégées dans les systèmes informatisés de réservation (GDS – *Global Distribution Systems*) tels qu'Amadeus, Sabre ou Travelport, qui alimentent tous les opérateurs (agences en ligne, comparateurs, agences physiques, tour-opérateurs) à partir des données transmises par les transporteurs. Elles peuvent également exercer la fonction de GSA (*General Sales Agent*) et assurer la représentation commerciale des compagnies aériennes ne disposant pas de leur propre réseau sur un territoire.

2. Les agences de tourisme et de voyages en ligne

17. En Nouvelle-Calédonie, la majorité des agences traditionnelles ne pratiquent pas directement de ventes sur Internet, se limitant à des sites vitrines ou une présence sur les réseaux sociaux. Cependant, des acteurs locaux comme Résa.nc et Eticket se sont positionnés sur ce segment.
18. Les agences de tourisme en ligne (en anglais « OTA » pour *Online Travel Agency*) jouent un rôle d'intermédiaire sur un marché qui comprend deux faces, mettant en relation deux catégories

⁶ Procès-verbaux d'audition du syndicat des agences de voyage en date du 14 février 2023 (Annexe 18, Cotes 182-183) et du syndicat des agences de tourisme en date du 23 mai 2023 (Annexe 17, Cote 175).

de clients : les prestataires de services touristiques (hôtels, prestataires d'activités touristiques, prestataires de services de transports...) et les consommateurs⁷.

19. Sur la première face que l'on peut qualifier de « marché amont », les opérateurs touristiques transmettent des informations aux OTA sur le contenu, les tarifs et la disponibilité de leurs prestations. Les OTA diffusent et traduisent ensuite en plusieurs langues ces contenus sur leur site Internet. Ils offrent également aux hôteliers des services de publicité en ligne et de réservation en ligne en rendant l'opérateur touristique « visible » sur Internet, procurant à ces opérateurs l'accès aux consommateurs. Ces services sont facturés aux opérateurs touristiques à travers des commissions définies en pourcentage du prix de détail du produit touristique et qui sont exigées en cas de réservation.
20. Sur la seconde face, que l'on peut qualifier de « marché aval », les OTA offrent gratuitement aux consommateurs des services de recherche, de comparaison et de réservations de produits touristiques. On distingue parmi les OTA les sites des plateformes de réservation d'hôtels (PRH), dédiés à la réservation de nuitées d'hébergement, et les sites d'agence de voyages ou de tourisme en ligne, qui proposent des nuitées d'hôtel mais également d'autres types de produits touristiques (vols, billets de transport par voie maritime, forfaits de voyage, location de voiture...) et qui peuvent être généralistes ou spécialisées dans des services de voyage.
21. En Nouvelle-Calédonie, si des OTA internationales (telles que Booking, Expedia, Go Voyage, ou Edreams) proposent leurs services aux touristes, il existe aussi des opérateurs calédoniens, comme Résa.nc qui référence environ 50 prestataires touristiques en ligne et s'adresse à une clientèle essentiellement calédonienne, ou Eticket, spécialisé dans la billetterie événementielle⁸.
22. Contrairement aux agences traditionnelles, ces OTA ne sont pas autorisées à vendre de forfaits touristiques, à moins qu'elles ne fassent une demande de licence auprès de la DAE.
23. A cet égard, l'exploitant de la plateforme Résa.nc présente son site comme « *un Booking local [...] le touriste peut faire son package lui-même sur le site resa.nc s'il le souhaite mais de façon indépendante. Nous n'avons pas envisagé de vendre de packages directement sur le site* »⁹.
24. Pour les prestataires touristiques et les hôtels, les OTA représentent un canal de vente central. Les OTA internationales sont en effet très utilisées par les internautes dans le monde entier, et permettent aux hôtels et prestataires touristiques ne disposant pas d'une renommée ou d'une marque commerciale reconnue auprès d'une large clientèle, d'être référencés et de se faire connaître du grand public.
25. En Nouvelle-Calédonie, ce canal de vente est pour l'instant réservé aux acteurs assurant un certain niveau de prestations. Les gîtes familiaux et petits prestataires sont peu référencés sur les OTA internationales et calédoniennes.
26. S'agissant du modèle économique spécifique des OTA, il peut être de deux ordres. En général, les OTA qui ont un lien direct avec des hôtels se rémunèrent directement auprès de ces derniers, à travers une commission proportionnelle au montant de la réservation. Les commissions s'élèvent entre 10 et 30 % du prix de détail TTC¹⁰, selon les plateformes et le modèle choisi¹¹. Les OTA non spécialisées dans le secteur hôtelier, qui n'ont généralement pas de lien

⁷ Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

⁸ Voir le schéma de distribution des offres touristiques (Annexe 8, Cote 69).

⁹ Voir le procès-verbal d'audition de la plateforme Résa.nc en date du 23 février 2023 (Annexe 16, Cote 168).

¹⁰ Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 15-D-06 du 21 avril 2015 précitée, §38.

¹¹ Il peut être demandé au consommateur de payer au moment de la réservation ou seulement au moment de son séjour à l'hôtel.

commercial avec les hôtels et se fournissant auprès des plateformes de réservation d'hôtels (PRH), se rémunèrent en règle générale par un partage de la commission touchée par ces dernières auprès des hôteliers.

27. Un autre modèle économique, moins répandu, consiste en le paiement d'un abonnement fixe forfaitaire en l'échange du référencement sur l'OTA. Ce modèle a été adopté par Résa.nc, qui facture un forfait compris entre 6 000 et 35 000 F. CFP par mois au prestataire touristique, en fonction de sa structure, de sa taille, ou encore de sa localisation¹².
28. La SPL Sud Tourisme, si elle obtient une licence d'agence de voyages ou de tourisme, pourrait devenir une OTA capable de proposer des forfaits touristiques en ligne, à travers sa plateforme numérique.

B. Un secteur marqué par l'interventionnisme des provinces

1. La compétence de droit commun des provinces en matière touristique

29. Les articles 20 et suivants de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (ci-après « Loi organique ») organisent la répartition des compétences entre l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes.
30. A ce titre, l'article 20 de la Loi organique confère une compétence générale de droit commun aux provinces, précisant que « [c]haque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'Etat ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie ».
31. Ni l'article 21 de la Loi organique définissant les domaines de compétence spéciale dévolus à l'Etat, ni l'article 22 détaillant les domaines de compétence spéciale dévolus à la Nouvelle-Calédonie, ne mentionnent explicitement le développement économique et touristique. Il s'agit en conséquence d'une compétence de droit commun dévolue aux provinces.

a. La province Nord

32. Le Groupement d'intérêts économiques **Tourisme province Nord**, immatriculé le 8 novembre 2002, a pour mission principale la promotion touristique de la province Nord, tant sur le marché local qu'à l'étranger.
33. Ses activités s'articulent autour des axes suivants :
 - promouvoir les produits touristiques de la province Nord localement et à l'international ;
 - préserver et améliorer la qualité des produits touristiques dans la province ;
 - contribuer au développement du tourisme néo-calédonien en concertation avec les plans de développement touristique de la Nouvelle-Calédonie et de la province Nord ;
 - professionnaliser les acteurs du tourisme en province Nord, en initiant des opérations de formation professionnelle¹³.

b. La province des îles Loyauté

34. La politique touristique des îles Loyauté est conduite par la **Société de Développement et d'Investissement des Îles** (ci-après « SODIL »), une société anonyme d'économie mixte créée

¹² Voir le procès-verbal d'audition de la plateforme Résa.nc en date du 23 février 2023 (Annexe 16, Cote 167).

¹³ Voir la section « Le GIE » sur le site de Tourisme province Nord (disponible à l'adresse suivante : <https://www.tourismeprovincenord.nc/le-gie/>).

par une délibération du 30 janvier 1991 de l'assemblée de la province des îles Loyauté¹⁴. Son siège social est situé à Lifou.

35. La SODIL a pour objectif de renforcer les fonds propres des entreprises industrielles, touristiques et artisanales, qu'elles soient en création, en développement ou en reconversion. Elle intervient selon les secteurs et les axes de développement préalablement décidés par les autorités provinciales jugés prioritaires, notamment la desserte maritime et aérienne des îles Loyauté.
36. La SODIL contrôle 26 filiales actives sur des secteurs variés, dont la **Société Intégrateur Touristique des Îles**¹⁵ (ci-après « SILE ») qu'elle détient à hauteur de 100 %. Jusqu'en 2017, la SILE exploitait une agence de voyages et de tourisme sous l'enseigne *Loyalty Tours* qui visait à développer une marque touristique au niveau pays, accroître la visibilité et la notoriété de la province des îles Loyauté et commercialiser ses services et ses produits touristiques. En 2019, la SILE a développé une nouvelle enseigne commerciale, *Iles Loyauté Explorer*, désormais devenue l'agence touristique de la destination.
37. La SILE a obtenu une licence d'agence de tourisme le 13 février 2013, ce qui lui donne la capacité de commercialiser des forfaits touristiques en ligne¹⁶. Néanmoins, cette possibilité ne semble pas avoir été exploitée pour l'instant, le site internet de l'enseigne *Iles Loyauté Explorer* fonctionnant actuellement comme un site vitrine, redirigeant les internautes vers les sites des prestataires locaux d'hébergement et de services touristiques.

c. La province Sud

38. Au sein de la province Sud, la **Direction du Développement Économique et du Tourisme** (ci-après « DDET »)¹⁷ supervise la mise en œuvre du développement touristique.
39. Créé par la délibération n° 7-2021/APS du 18 mars 2021, le service du tourisme de la DDET, « est chargé » :
 - de réaliser des diagnostics, faire des préconisations et structurer l'offre touristique ;
 - de proposer une stratégie de développement touristique et de valorisation (promotion et commercialisation) de l'offre ;
 - d'assurer une veille du secteur et de la satisfaction des touristes sur les réseaux sociaux, benchmark ;
 - de mettre à disposition des statistiques, produire des notes et analyses économiques ;
 - de coordonner des actions de développement touristique ;
 - de fédérer les acteurs publics et privés du secteur ;
 - de développer et animer les partenariats et réseaux professionnels ;
 - d'évaluer les conditions de faisabilité des projets locaux, en favoriser l'émergence et en assurer l'accompagnement et la gestion transversale ;

¹⁴ Délibération n° 91-01/API du 30 janvier 1991 portant création de la Société d'Economie Mixte de Développement et d'Investissement des Îles (SODIL)

¹⁵ Société par actions simplifiée, créée le 8 février 2011, dont le siège social se trouve à Lifou.

¹⁶ Voir le compte rendu du comité d'agrément des agences de voyage et agences de tourisme de décembre 2012 (Annexe 14, Cotes 151-153).

¹⁷ Voir la section « La direction du Développement Économique et du Tourisme (DDET) » sur le site de la province Sud (disponible à l'adresse suivante : <https://www.province-sud.nc/espace-thematique/direction-developpement-economique-tourisme>).

- de proposer des démarches qualité : référentiels, classements, labels, chartes... et faire réaliser les évaluations ;
- de proposer chaque année un plan de professionnalisation des acteurs du tourisme. »¹⁸

40. En complément de la création du service tourisme de la DDET, la province Sud a entendu participer à l'établissement d'une société publique locale pour la mise en œuvre de la politique provinciale en matière de tourisme, la SPL Sud Tourisme.

2. La succession de structures tantôt provinciales, tantôt territoriales, chargées de la promotion touristique internationale du territoire

41. Si chaque province est compétente en matière de développement économique et touristique sur son territoire, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a, de son côté, développé une politique visant à promouvoir la destination « Nouvelle-Calédonie » sur les marchés internationaux, allant au-delà des dispositions juridiques.
42. Dans cette optique, le groupement d'intérêt économique **Nouvelle-Calédonie Tourisme** (ci-après « GIE NCT ») a été créé le 2 janvier 1990 pour unifier la stratégie touristique extérieure de la Nouvelle-Calédonie. Il réunissait les trois provinces et les professionnels du secteur¹⁹.
43. Cependant, dix ans après sa création, le GIE NCT a rencontré des difficultés financières. En juillet 2000, le Tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie a annulé les fonds de concours alloués par la Nouvelle-Calédonie pour financer sa promotion à l'international. L'assemblée générale du GIE NCT a alors prononcé sa dissolution le 13 décembre 2000 et il a été mis en liquidation judiciaire le 29 juin 2001.
44. L'année suivante, la province Sud a repris à son compte la structure du GIE NCT en liquidation en constituant, lors de l'assemblée du 8 juin 2001, le GIE **Nouvelle-Calédonie Tourisme Point Sud** (ci-après « GIE NCTPS »). D'abord de structure territoriale, le GIE NCTPS est donc devenu de compétence provinciale. Dans ce cadre, lors de la dissolution anticipée du GIE NCT en juin 2001, le liquidateur a procédé au transfert des personnels de l'ancien au nouveau groupement et lui a cédé les biens corporels immobiliers.
45. Le GIE NCTPS se définissait comme un outil de liaison entre ses partenaires, institutionnels et professionnels du secteur, pour assurer, d'une part, la promotion de la destination Nouvelle-Calédonie à l'international sous sa marque *Nouvelle-Calédonie Pacifique au Cœur* depuis 2012 et, d'autre part, la promotion de la destination province Sud sur le marché local sous sa marque *Destination Province Sud* depuis 2001.
46. Les missions du GIE NCTPS dépassaient donc le cadre du développement touristique de la province Sud, puisqu'il assurait également la promotion internationale de la Nouvelle-Calédonie, en concurrence avec des GIE dédiés à la promotion de chaque province à l'international²⁰.
47. En plus de la confusion dans les missions et responsabilités attribuées au GIE NCTPS, la Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie a relevé plusieurs dysfonctionnements dans la gestion du GIE NCTPS, notamment un manque de contrôle des dépenses, dont les

¹⁸ Délibération de l'assemblée de la province Sud n° 7-2021/APS du 18 mars 2021 relative à la modification de la délibération modifiée n° 21-2012/APS du 31 juillet 2012 portant organisation et fonctionnement du secrétariat général et de l'administration de la province Sud, articles 2 et 3.

¹⁹ Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie, Rapport d'observations définitives établi à la suite de l'examen de la gestion du GIE « Nouvelle-Calédonie Tourisme Point Sud », ROD 08/14 du 7 novembre 2008, p. 5 et suivantes.

²⁰ *Ibid.*, p. 8 et suivantes.

ressources financières étaient quasiment exclusivement composées de subventions de la province Sud, ainsi qu'un fonctionnement contraint « *par une gestion archaïque et onéreuse des ressources humaines* »²¹.

48. En mars 2021, après 20 ans d'activité, la province Sud a décidé de se retirer du GIE NCTPS. Dans un rapport de la commission du développement économique de la province Sud, il est en effet acté que la province se retire du GIE NCTPS pour assurer seule la promotion touristique de la province Sud :

« [...] la province Sud a procédé à un diagnostic des partenaires qu'elle finance. La principale préconisation de cette étude était de mutualiser et de concentrer les moyens autour d'une organisation agile portant une stratégie unique. En effet, jusque-là, c'était le GIE Nouvelle-Calédonie Tourisme point Sud, financé à hauteur de 80 % par la province Sud, qui assurait la promotion internationale de la destination Nouvelle-Calédonie. La province cofinçait avec certaines communes de son territoire un réseau de cinq offices de tourisme et la maison du lagon pour la promotion domestique et l'accueil des visiteurs.

Par ailleurs, les financements tels qu'opérés au sein du GIE faisait porter un réel risque de gestion de fait aux élus de la province Sud.

Dans un objectif d'efficience, comme pour l'ensemble des politiques publiques, il a été décidé que chaque niveau de collectivité devait assumer pleinement ses propres compétences. Ainsi, il revient à la Nouvelle-Calédonie d'assurer la promotion internationale du territoire et à la province Sud de concentrer ses moyens sur le développement, la structuration, la promotion et la commercialisation de son offre. Cette décision implique la dissolution eu GIE NCTPS et d'acter notre retrait de celui-ci ainsi que de réorienter des crédits de la province Sud, notamment ceux destinés aux offices de tourisme, et de développer un outil de commercialisation de nos offres touristiques » (soulignement ajouté)²².

49. Cette décision a été officialisée par une délibération de la province Sud en date du 1^{er} avril 2021 relative à la stratégie provinciale en matière de tourisme, dont l'article 6 dispose que « *la présidente de l'assemblée de la province Sud ou son représentant est habilitée à voter favorablement à la dissolution du GIE NCTPS en cas de réunion, à cette fin de l'assemblée générale extraordinaire dudit groupement* »²³.
50. L'article 7 de la délibération susvisée prévoit également que « *la province Sud décide de se retirer du GIE NCTPS au plus tard le 30 juin 2021* ».
51. Le 3 février 2022, le GIE NCTPS a alors modifié ses statuts pour devenir une « *Agence de promotion touristique internationale à l'échelle du pays* », rebaptisée **Nouvelle-Calédonie Tourisme**²⁴. Redevenu une structure territoriale, désormais gérée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, ce GIE est chargé de promouvoir la destination à l'étranger sous la marque *Nouvelle-Calédonie Pacifique au Cœur*, maintenue, et de coordonner la stratégie touristique du territoire.

²¹ *Ibid.*

²² Rapport de la commission du développement économique de la province Sud n° 17-2021/RAP-COM du 4 mars 2021.

²³ Délibération de l'assemblée de la province Sud n° 10-2021/APS du 1^{er} avril 2021 relative à la stratégie provinciale en matière de tourisme.

²⁴ Voir le rapport d'activité 2022 de Nouvelle-Calédonie Tourisme, p. 17.

3. Le projet de la SPL Sud Tourisme

a. Une structure dédiée à l'attractivité et au développement touristique de la province

52. La **SPL Sud Tourisme**, constituée le 22 mars 2022 et immatriculée au RCS de Nouméa sous le numéro 1328 398, est une société publique locale régie par les dispositions combinées de l'article 53-1 et des articles 8-1 et 83 alinéa 1^{er} de la Loi organique, l'article L. 381-9 du Code des Communes de la Nouvelle-Calédonie ainsi que les dispositions du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie²⁵.
53. Conformément à la délibération n° 10-2021/APS du 1^{er} avril 2021 relative à la stratégie provinciale en matière de tourisme, les missions de la SPL Sud Tourisme consistent « à :
- *accueillir et informer les visiteurs locaux et internationaux ;*
 - *mettre en œuvre toutes actions sur l'image, la notoriété et l'attractivité des territoires de la province Sud ;*
 - *accompagner et animer le réseau d'opérateurs touristiques par territoire géotouristique et par filière ;*
 - *construire des offres et les commercialiser pour la destination ;*
 - *coordonner et suivre la mise en œuvre des actions définies par les collectivités en matière d'attractivité touristique »²⁶ (soulignement ajouté).*
54. Les statuts de la SPL Sud Tourisme, dans leur version du 25 mars 2023, décrivent un objet social particulièrement étendu :
- « La Société a pour objet social le soutien de l'activité et du développement de ses membres dans le cadre de l'essor durable de l'attractivité de la Province Sud.*
- Son objectif est d'accroître la performance économique de sociétés et de patentés en Province Sud, tout en prenant en compte les impacts sociaux et environnementaux, et de développer de nouvelles offres tout en s'adaptant aux attentes contemporaines des touristes et à leur nouvelle façon de consommer.*
- Pour se faire, le Société met en œuvre une stratégie de développement en étroite collaboration avec les collectivités.*
- A cet effet, la Société a notamment pour missions d'assurer :*
- 1- *La promotion de l'attractivité de la Province Sud : mettre en œuvre toute action sur l'image, la notoriété, l'attractivité globale de la province Sud sur tous les marchés définis par son conseil d'administration.*
 - 2- *La promotion et le développement de la destination « Province Sud ».*
 - 3- *La commercialisation de l'offre de la destination « Province Sud » sous réserve du respect des conditions réglementaires et après avis auprès des professionnels de la vente de produits touristiques intéressés.*
 - 4- *La commercialisation de produits et d'offres des acteurs locaux, dans le cadre de la promotion de la destination « province Sud ».*
 - 5- *L'organisation, la qualification et la fédération de l'offre touristique de la Province Sud.*

²⁵ Voir les statuts de la SPL Sud Tourisme, article 1, p. 3 (Annexe 9, Cote 74).

²⁶ Délibération de l'assemblée de la province Sud n° 10-2021/APS du 1^{er} avril 2021 précitée, article 3.

- 6- *L'accompagnement et l'animation de réseaux d'opérateurs touristiques sur et à destination du territoire de la province Sud.*
- 7- *La coordination et le suivi de la mise en œuvre des actions définies par les collectivités de la province Sud membres de la SPL Sud tourisme.*
- 8- *L'organisation, la gestion et l'animation de points d'accueil à l'égard des visiteurs en province Sud.*
- 9- *L'accompagnement selon toutes modalités dans la professionnalisation des acteurs touristiques en province Sud.*
- 10- *La gestion de toute activité en lien avec l'offre touristique du territoire de la Province Sud, dont elle pourrait être la délégataire. »²⁷*

- 55. Aujourd'hui, la SPL Sud-Tourisme rassemble quinze communes et collectivités contributrices à son capital : la province Sud, l'île des Pins, les communes de Nouméa, Dumbéa, Païta, Mont-Dore, Yaté, Boulouparis, Thio, Sarraméa, La Foa, Farino, Moindou, Bourail et Poya²⁸.
- 56. En plus des activités de promotion de la destination « Province Sud » en Nouvelle-Calédonie et à l'extérieur, par le biais de campagnes de communication et la participation à des salons et événements, les missions de la SPL Sud Tourisme s'articulent autour de la gestion des offices de tourisme et d'une plateforme de réservation en ligne.

b. La gestion des offices de tourisme et des points d'information touristique

- 57. Par la délibération du 1^{er} avril 2021 précitée, la province Sud a acté son retrait des offices de tourisme, qu'elle cofinçait avec les communes, pour en confier la gestion à la SPL Sud Tourisme²⁹. Celle-ci administre désormais cinq offices de tourisme et deux points d'information : Nouméa les Quais-Ferry, Bourail-Domaine de Déva, Grand Sud, Nouméa Aquarium des Lagons, La Foa, Île des Pins et Aéroport de Tontouta.
- 58. Par la gestion de ces structures, la SPL Sud Tourisme exerce une mission de service public de conseil et d'information des touristes, en leur fournissant des informations pratiques sur les services d'hébergement, les activités touristiques, les sites à visiter et les événements locaux.
- 59. En complément, elle a une mission d'animation du territoire, à travers la mise en avant du patrimoine culturel et naturel de la province et la promotion des acteurs locaux (artisans, producteurs, restaurateurs) dans ses points de vente physique. Elle effectue également une collecte et une analyse de données sur la fréquentation touristique des offices de tourisme et de la destination en général, ainsi que les tendances du marché. Ces données sont présentées dans des rapports d'activité faisant le bilan des actions touristiques conduites durant l'année.
- 60. La gestion des offices de tourisme implique également une coordination avec les prestataires de services touristiques pour garantir une cohérence dans l'offre et soutenir les initiatives locales. La SPL Sud Tourisme souhaite renforcer la visibilité des 680 prestataires de services touristiques en province Sud et leur offrir un appui administratif, de formation et de digitalisation³⁰.

²⁷ Voir les statuts de la SPL Sud Tourisme en date du 25 avril 2023 (Annexe 32, Cotes 311-312).

²⁸ Voir le rapport d'activité 2023 de la SPL Sud Tourisme, p. 6.

²⁹ Délibération de l'assemblée de la province Sud n° 10-2021/APS du 1^{er} avril 2021 précitée, article 7.

³⁰ Voir le procès-verbal d'audition de la directrice générale de la SPL Sud Tourisme en date du 4 octobre 2023 (Annexe 6, Cotes 58-59).

c. La mise en place d'une plateforme de réservation de prestations touristiques en ligne

61. Parallèlement à la gestion des offices, la SPL Sud Tourisme a lancé un projet de plateforme de réservation de prestations touristiques en ligne, similaire à une OTA. Cette initiative vise à référencer de façon exhaustive l'offre touristique en province Sud et de la commercialiser au sein d'une plateforme « *Hub* »³¹ :
*« Ce projet consiste à faire évoluer le site vitrine de la destination [province Sud] en site marchand, centralisant toute l'offre touristique et permettant la connexion entre l'offre et la demande sur les différents marchés potentiels, en Calédonie et à l'international. Toute l'offre touristique est concernée : hébergements, activités, transports, billetteries événementielles. L'internaute sera ainsi en mesure d'accéder à un catalogue complet d'offres et de réserver directement en ligne auprès des prestataires via un panier unique »*³².
62. Pour concrétiser ce projet, un appel d'offres a été lancé par la SPL Sud Tourisme, divisé en trois lots indépendants³³.
63. La SAS Antidots Interactive, choisie par la procédure d'appel d'offres, a créé et développé la plateforme, qu'elle a concédée sous licence à sa filiale, la SAS Hexative. Cette dernière accorde à la SPL Sud Tourisme une sous-licence en marque blanche pour exploiter le site.
64. Le schéma contractuel mis en place entre la société Antidots Interactive et ses filiales (ci-après « le groupe Antidots ») et la SPL Sud Tourisme prévoit que le groupe Antidots commercialise les produits et services touristiques sur la plateforme et procède à l'encaissement des fonds liés aux ventes effectuées en ligne pour le compte des fournisseurs de services touristiques. Le groupe est également chargé de conclure des accords de distribution avec les fournisseurs et prestataires touristiques locaux et du reversement de leurs recettes générées par les ventes sur la plateforme de Sud Tourisme.
65. Le groupe Antidots agit ainsi comme un commissionnaire, commercialisant les produits et services disponibles sur la plateforme en son nom mais pour le compte des fournisseurs référencés³⁴. Cette activité donne lieu à un commissionnement sur chacune des commandes effectuées sur le site d'un montant de [0-20] % du prix TTC de la commande concernée³⁵. En séance devant l'Autorité, la SPL Sud Tourisme a précisé que les deux-tiers de cette commission sont perçus directement par Antidots afin de couvrir ses frais techniques, principalement les frais bancaires et les frais de licence.
66. Bien que la société Hexative soit immatriculée comme agence de voyages auprès d'ATOOUT France, le groupe Antidots ne bénéficie pas encore de licence d'agent de tourisme ou de voyages délivrée par la DAE, pour commercialiser des forfaits touristiques en Nouvelle-Calédonie. Interrogée sur ce point en séance devant l'Autorité, la SPL Sud Tourisme a indiqué que le groupe Antidots n'était pas en mesure de vendre des forfaits touristiques ou des packages et qu'il ne jouerait aucun rôle actif dans cette activité. L'obtention d'une telle licence par Antidots ne constitue donc pas une intention ou un objectif.

³¹ Voir la plaquette commerciale de la plateforme de vente en ligne de Sud Tourisme (Annexe 40, Cotes 520 à 522) ainsi que le schéma de distribution de la plateforme (Annexe 8, Cotes 68 à 70).

³² Voir le cahier des charges de sélection d'un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMOA) pour le projet de hub numérique de l'écosystème touristique Sud Tourisme Nouvelle-Calédonie, p. 4 (Annexe 22, Cote 231).

³³ Voir les Annexes 33 à 42, Cotes 340 à 643.

³⁴ Voir le mémoire fonctionnel d'Antidots pour la création du Hub numérique de l'écosystème touristique de la province Sud Nouvelle-Calédonie (Annexe 39, Cotes 502 à 506).

³⁵ Voir les conditions générales du contrat d'intermédiaire (Annexe 44, Cote 654).

67. Si le partage des responsabilités entre le groupe Antidots et la SPL Sud Tourisme quant à la commercialisation de produits et services touristiques sur la plateforme est inabouti, du fait des nombreuses évolutions du modèle économique de la plateforme au cours de l’instruction du présent avis (voir §152 et suivants), la SPL Sud Tourisme a formellement précisé vouloir maintenir sa demande de licence d’agence de tourisme ou de voyages formulée auprès de la DAE³⁶.
68. C’est dans le cadre de la procédure d’agrément de la SPL que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi l’Autorité, s’interrogeant à la fois sur les distorsions de concurrence pouvant résulter de l’agrément de la SPL Sud Tourisme comme agence de tourisme ou de voyages, et sur les éventuelles évolutions à apporter à la réglementation applicable à cette profession réglementée.

II. Analyse concurrentielle de l’intervention de la SPL Sud Tourisme sur le marché des agences de tourisme

69. La présente analyse se propose, tout d’abord, de rappeler les principes juridiques et économiques qui encadrent l’intervention des personnes publiques sur les marchés concurrentiels, afin de garantir le respect du libre jeu de la concurrence et de prévenir les risques de distorsion (A). Ces principes seront ensuite appliqués au cas particulier de l’intervention de la SPL Sud Tourisme sur le marché des agences de tourisme, en examinant les enjeux soulevés par son mode de financement, ses activités concurrentielles, et les éventuels risques d’atteinte à la concurrence (B).

A. Principes et règles encadrant l’intervention économique des personnes publiques

70. L’intervention économique des personnes publiques est encadrée par deux types de règles : des règles de droit public relatives au principe même de l’intervention de la personne publique sur le marché (1) et des règles de droit de la concurrence relatives aux modalités selon lesquelles cette intervention se réalise (2).

1. Le principe de l’intervention économique des personnes publiques en droit public

a. Les critères retenus par la jurisprudence nationale et européenne

71. L’intervention économique des personnes publiques est strictement encadrée par la jurisprudence nationale et européenne.
72. Ainsi, une personne publique peut légalement prendre en charge une activité économique, indépendamment des missions de service public dont elle est investie, dans le respect de la liberté du commerce et de l’industrie. Cette intervention est toutefois subordonnée à deux conditions :
- la personne publique doit agir dans la limite de ses compétences ; et
 - son intervention sur le marché doit être justifiée par un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l’initiative privée³⁷.

³⁶ Voir le procès-verbal d’audition de la directrice générale de la SPL Sud Tourisme en date du 4 octobre 2023 (Annexe 6, Cote 59).

³⁷ CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, Rec. Lebon p. 245.

73. Cet intérêt public peut également être caractérisé sans qu'il y ait nécessairement une défaillance de l'offre privée, notamment si l'objectif est de rendre un service accessible au plus grand nombre³⁸.
74. Une activité économique exercée par une personne publique peut être qualifiée comme l'accessoire ou le complément utile du service public, notamment lorsqu'elle contribue à l'équilibre financier global de ce dernier³⁹.
75. En droit de l'Union européenne, la notion de services d'intérêt économique général (ci-après « SIEG »⁴⁰) peut constituer une inspiration pour déterminer si une activité économique relève bien d'une mission de service public. Cette notion est définie par la Commission européenne comme des « *activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'Etat* »⁴¹.
76. N'est donc pas qualifié de SIEG, un service fourni par d'autres entreprises actives dans des conditions normales de marché, qui ne sont pas chargées de la prestation d'un SIEG et qui fournissent déjà ou peuvent fournir un service de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, caractéristiques de qualité objectives, continuité et accès au service) compatibles avec l'intérêt général. La Commission indique ainsi qu'« [i]l est donc d'autant plus important que les États membres précisent clairement les caractéristiques du service en question, notamment les conditions de sa prestation et le groupe cible. Si un service est déjà fourni par le marché, bien que dans des conditions jugées insatisfaisantes par l'État membre concerné, par exemple parce que le marché ne peut pas le fournir avec le niveau de qualité ou à un prix que les autorités publiques pourraient considérer comme revêtant un intérêt public [...], un tel service peut être qualifié de SIEG. Ce service doit être proposé sur une base non discriminatoire »⁴² (soulignement ajouté).
77. Enfin, une activité économique est dissociable d'un service d'intérêt général si elle répond à des besoins particuliers d'opérateurs économiques, exigeant certaines prestations supplémentaires. Dans ce cas, l'activité n'est pas susceptible de remettre en cause l'équilibre économique du SIEG⁴³.

b. Le choix de la société publique locale

78. Les collectivités publiques disposent de plusieurs modes de gestion pour mettre en œuvre une activité économique dans le respect des conditions légales et réglementaires. Elles peuvent opter pour une internalisation de ces missions (régies) ou choisir de les externaliser en ayant recours à une entité juridique distincte de leurs services, que cette entité soit une société d'économie mixte (SEM), une société publique locale (SPL) ou un délégataire privé.
79. Cette possibilité de choix est un facteur pro-concurrentiel, à condition qu'il soit précédé d'une analyse comparative des coûts et avantages de chaque mode de gestion et que le choix entre les

³⁸ Voir en ce sens CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, req. n° 306911.

³⁹ CE, 23 mai 2003, Communautés des communes Artois-lys, n° 249995, Rec. p. 245.

⁴⁰ La notion de SIEG relève des articles 14 et 106§2 TFUE.

⁴¹ Document de travail des services de la Commission européenne, *Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur »*, 29 avril 2014, p. 20.

⁴² *Ibid.*, p. 25.

⁴³ CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320/91, Rec. p. I-2563.

différentes solutions repose sur ce bilan⁴⁴. Cette étude préalable permet à la collectivité d'optimiser le coût et la qualité du service attendu tout en incitant les prestataires extérieurs à améliorer leurs propositions.

80. A ce titre, l'article 53-1 de la Loi organique prévoit la faculté pour la Nouvelle-Calédonie, les provinces et leurs établissements publics, de créer, dans le cadre de leurs compétences, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés peuvent réaliser des opérations d'aménagement, de construction ou exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.
81. La collectivité actionnaire est exempte de l'exigence de mise en concurrence lorsqu'elle décide de confier l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial à une SPL. En effet, la SPL est considérée comme une entité de quasi-régie, la personne publique exerçant sur elle un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services. La SPL réalise par ailleurs l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.
82. Les SPL bénéficient ainsi des mêmes règles que les établissements publics locaux pour l'accès aux délégations de service public, tout en jouissant de facilités de gestion liées à leur statut de société anonyme. Elles peuvent également exercer une pluralité d'activités (de nature économique ou non) dans le respect des principes précités.

c. Société publique locale et aide publique

83. L'intervention économique des personnes publiques *via* une SPL peut générer des distorsions de concurrence liées à l'allocation de ressources publiques, et ce, à deux stades :
 - lors de la création de la SPL, les collectivités publiques procédant à une dotation en capital de la société ; ou
 - lors du financement d'opérations confiées à la SPL par la collectivité de rattachement, en particulier dans le cadre d'une délégation de service public confiée à la SPL.
84. En Métropole et au sein de l'Union européenne, les subventions publiques sont encadrées par les règles relatives aux aides d'État, définies aux articles 106 et suivants du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ces règles visent à minimiser les distorsions de concurrence et les effets d'éviction potentiels. L'intervention des collectivités territoriales dans le cadre de leur régie ou quasi-régie relève donc du champ d'application de ces règles.
85. L'Autorité de la concurrence métropolitaine a d'ailleurs recommandé que les collectivités publiques soient particulièrement vigilantes lorsqu'elles accordent à des SPL des compensations financières qui sont susceptibles d'être considérées comme des aides d'État⁴⁵.
86. La Commission européenne considère en outre que, compte tenu du caractère fonctionnel de la notion d'activité économique au sens de l'article 107§1 TFUE, il est indifférent que le bénéficiaire des financements soit une entité ayant un statut juridique propre ou fasse partie intégrante de l'administration de l'État⁴⁶.
87. Pour éviter les distorsions de concurrence générées par des compensations financières octroyées à une SPL pour l'accomplissement de ses missions de service public, la collectivité doit respecter plusieurs conditions :

⁴⁴ Voir l'avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales (SPL).

⁴⁵ *Ibid.*, §62.

⁴⁶ Voir la décision de la Commission européenne C (2011) 7285 final du 19 octobre 2011, relative à l'aide d'État N 330/2010 concernant le programme national « très haut débit », volet B.

- les obligations de service public imposées doivent être expressément prévues et clairement définies ;
 - les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ; et
 - la compensation ne peut pas dépasser la couverture, en tout ou partie, des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, au vu des recettes et d'un bénéfice raisonnable pour l'exploitant.
88. Il n'existe pas de réglementation similaire sur les aides aux entreprises en Nouvelle-Calédonie. L'Autorité a néanmoins déjà recommandé la création d'une telle réglementation sur le territoire, à l'instar du Royaume-Uni qui a institué un contrôle des financements publics en 2022 après avoir quitté l'Union européenne, pour préserver son économie des distorsions de concurrence engendrées par les subventions publiques sur des marchés concurrentiels⁴⁷.

2. Les modalités de l'intervention économique des personnes publiques en droit de la concurrence

89. L'intervention économique des personnes publiques est également encadrée par le droit de la concurrence, les personnes publiques devant respecter ce droit, et plus généralement, le libre jeu de la concurrence (a). Afin de prévenir d'éventuelles atteintes à la concurrence, la mise en place d'un certain nombre de mesures apparaît nécessaire (b).

a. La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence

i. Les conditions de soumission des personnes publiques aux règles de concurrence

90. Comme le rappelle le Conseil d'Etat, une personne publique ne peut légalement prendre en charge une activité économique, indépendamment des missions de service public dont elle est investie, que dans le respect du droit de la concurrence⁴⁸.
91. Ainsi, « *une fois admise dans son principe, [l'] intervention [d'une personne publique sur un marché] ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* »⁴⁹.
92. Lorsqu'elles exercent une activité économique, les personnes publiques sont par conséquent soumises aux dispositions du titre II du livre IV du Code de commerce, qui interdisent notamment les ententes anticoncurrentielles (article Lp. 421-1) et les abus de position dominante (article Lp. 421-2). Cette obligation découle directement de l'article Lp. 410-1 du Code de commerce, qui prévoit que les règles en cause « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ».
93. En outre, la notion d'entreprise constitue le critère matériel d'application des articles prohibant les pratiques anticoncurrentielles. Cette notion a été définie par la jurisprudence européenne comme s'entendant de toute « *entité qui exerce une activité économique indépendamment du*

⁴⁷ Dans son avis n° 2022-A-04 du 13 décembre 2022 sur le fonctionnement concurrentiel du secteur aérien en Nouvelle-Calédonie, §432 à 440, l'Autorité recommande d'élaborer un cadre réglementaire pour l'attribution des aides publiques aux entreprises dont le contrôle pourrait être confié à l'Autorité afin de veiller à l'existence d'une concurrence saine sur les marchés calédoniens de biens et services, d'y attirer davantage d'opérateurs et d'investisseurs, et d'y stimuler l'offre, accroissant les choix et réduisant les prix pour les consommateurs.

⁴⁸ CE, Ass., 31 mai 2006 précité.

⁴⁹ *Ibid.*

statut de cette entité et de son mode de financement », ce qui recouvre donc aussi bien les structures de droit public que de droit privé⁵⁰.

94. Par conséquent, les collectivités locales, les établissements publics, et les autres personnes morales de droit public peuvent être sanctionnés pour des pratiques anticoncurrentielles commises dans l'exercice d'une activité économique. Elles seront alors qualifiées d'entreprises publiques. Il en va de même pour des structures de droit privé, en particulier des sociétés, détenues ou contrôlées par des personnes publiques, ou encore des associations sans but lucratif créées par exemple à l'initiative d'une collectivité territoriale.
95. Les autorités de concurrence, en particulier l'Autorité métropolitaine, ont appliqué à plusieurs reprises les règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles à des entités publiques, telles que des sociétés⁵¹, des établissements publics à caractère industriel et commercial⁵², des établissements publics à caractère administratif⁵³, des services de l'État⁵⁴, des collectivités locales⁵⁵, ou encore des associations⁵⁶.

ii. Les limites de compétence entre juge administratif et autorité de concurrence

96. L'intervention de l'Autorité est limitée par le partage des compétences contentieuses, clarifié par la jurisprudence administrative. Elle ne peut par exemple examiner des actes administratifs ou délibérations relatifs à l'organisation d'un service public, qui relèvent de prérogatives de puissance publique⁵⁷.
97. En effet, le Tribunal des conflits a précisé la ligne de partage des compétences entre le Conseil de la concurrence métropolitain et le juge administratif, en réservant à ce dernier l'examen de la compatibilité avec les règles de concurrence des actes des personnes publiques caractérisés par l'emploi de prérogatives de puissance publique, tout en reconnaissant au Conseil de la concurrence la possibilité d'examiner les actes des collectivités détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte ou d'un contrat administratif.
98. Dans son avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008, le Conseil de la concurrence métropolitain précise ainsi qu'« *une collectivité locale doit veiller à ne pas donner à son opérateur un avantage dont ne bénéficieraient pas ses concurrents présents sur le même marché. Les seuls avantages acceptables sont ceux nécessaires à la réalisation de la mission de service public confiée à cet opérateur et proportionnés à cette réalisation* »⁵⁸.
99. Dans ce même avis, le Conseil de la concurrence métropolitain apprécie ce partage de compétences, en l'appliquant au cas du cinéma public : « *L'ensemble des décisions de la*

⁵⁰ CJCE, 23 avril 1991, Höfner, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979.

⁵¹ Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque.

⁵² Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

⁵³ Décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 05-D-29 du 16 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par « Les Haras Nationaux » sur le marché de la reproduction équine.

⁵⁴ Décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 05-D-75 du 22 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la Monnaie de Paris.

⁵⁵ Décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 97-D-92 du 16 décembre 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille.

⁵⁶ Décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 94-D-40 du 28 juin 1994 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski.

⁵⁷ Voir par exemple CE, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, n° 169907 ; Tribunal des conflits, 18 octobre 1999, Aéroports de Paris, n° 03174.

⁵⁸ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma.

collectivité en amont de l'exploitation proprement dite d'un cinéma, devrait ainsi relever du juge administratif.

Sans prétendre établir une liste exhaustive, il s'agirait des actes concernant :

- la décision de créer ou de subventionner un cinéma local, ce qui en particulier recouvre la réalité d'un intérêt public et l'appréciation de la défaillance de l'initiative privée locale justifiant une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie,
- le choix du mode d'intervention de la collectivité (par exemple, le Conseil a décliné sa compétence sur la décision d'une commune de recourir à une délégation de service public, Tramway de Grenoble, n° 01-D-16),
- l'octroi et les conditions mises à une subvention annuelle à l'exploitant du cinéma,
- le contenu de la mission confiée par la collectivité à son opérateur et le contrôle exercé sur lui, en particulier la fixation des tarifs par la collectivité dans le cas où l'exploitant du cinéma n'en a pas la maîtrise.

En application de la jurisprudence société Million et Marais, le juge administratif examinera l'acte en cause de la collectivité au regard des règles prévues aux articles L. 420-1 à L. 420-5 du Code de commerce et pourra annuler les dispositions de cet acte ne respectant pas ces règles.

Pour sa part, le Conseil de la concurrence sera compétent pour les actes sans lien avec l'exercice par la collectivité de ces prérogatives de puissance publique, c'est à dire les actes semblables à ceux rencontrés dans une relation commerciale entre deux entreprises » (soulignements ajoutés)⁵⁹.

100. Ainsi, lorsqu'une décision administrative permet par exemple à une entreprise publique d'abuser de sa position dominante, cette décision (acte de puissance publique) peut être annulée par le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Les comportements anticoncurrentiels eux-mêmes restent examinés par l'Autorité.

101. Conformément à cette répartition des compétences, l'Autorité, dans le cadre du présent avis, se limitera à l'analyse des actes détachables de l'exercice par la collectivité de prérogatives de puissance publique.

iii. Les différentes pratiques des entreprises publiques contraires au droit de la concurrence

102. Certaines pratiques anticoncurrentielles sont particulièrement susceptibles d'être mises en œuvre par des opérateurs publics, dès lors qu'ils détiennent une position dominante sur le marché concerné ou sur un marché connexe.

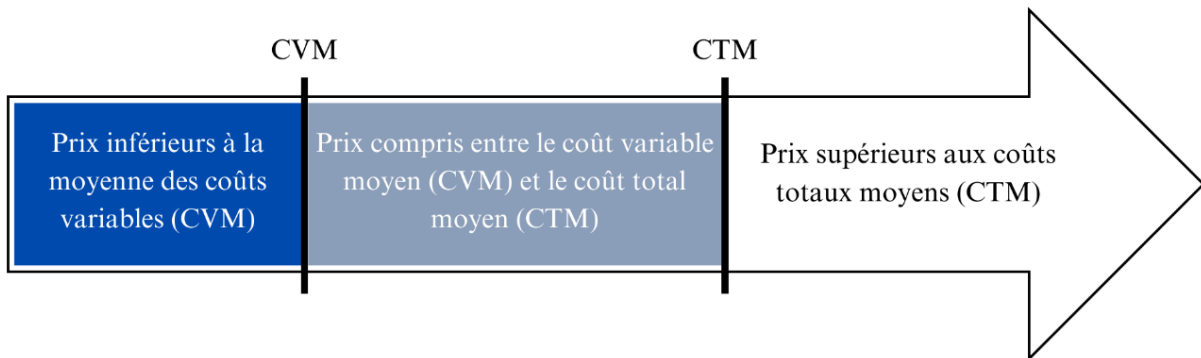
La prédation

103. Comme l'a rappelé la Cour d'appel de Paris, la prédation est « une stratégie de prix consistant, pour une entreprise en position dominante, à pratiquer un prix délibérément bas, inférieur à ses coûts, qui n'est compatible avec la maximisation de ses profits que dans la mesure où ce prix lui permet d'éliminer son ou ses concurrents ou de décourager des concurrents potentiels d'entrer sur le marché considéré, l'autorisant alors, une fois la concurrence éliminée, à remonter ses prix sans crainte d'être concurrencée »⁶⁰.

⁵⁹ Ibid., §70 et suivants.

⁶⁰ CA Paris, 20 décembre 2012, Pelletier c/ Régie départementale des passages d'eau de la Vendée, n° 2011/05667, dite affaire des « vedettes vendéennes ».

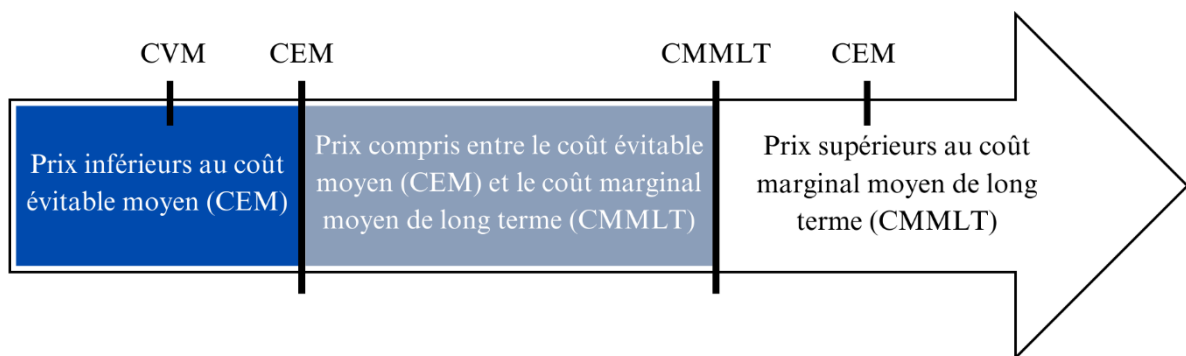
104. En premier lieu, en application de la jurisprudence européenne⁶¹, les prix pratiqués par une entreprise en position dominante sont traditionnellement considérés comme prédateurs dans les cas suivants :



- **Prix inférieurs à la moyenne des coûts variables**⁶² : dans cette hypothèse, la pratique doit être considérée comme abusive, dès lors qu'en appliquant de tels prix, une entreprise occupant une position dominante est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents, et ce indépendamment de la preuve d'une intention d'éviction.
- **Prix compris entre la moyenne des coûts variables et la moyenne des coûts totaux** : la pratique est considérée comme abusive s'il est démontré que ces prix sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

105. En revanche, lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont **supérieurs aux coûts totaux moyens**, la pratique est considérée comme licite au regard des règles de concurrence.

106. En second lieu, lorsque l'opérateur public combine à la fois une activité de service public et une activité purement concurrentielle, et qu'il existe des coûts communs importants entre ces activités, le test de prédation tient compte, non plus de la moyenne des coûts variables mais de la moyenne des coûts incrémentaux. Ces coûts représentent les charges spécifiques évitables⁶³ si l'activité concurrentielle était abandonnée⁶⁴.



⁶¹ CJCE, 3 juillet 1991, Akzo, aff. C-62/86, Rec. p. I-3359, §71 et suivants.

⁶² Les coûts variables sont les prix qui varient en fonction des quantités produites.

⁶³ Au lieu du coût variable moyen, est analysé le coût évitable moyen, c'est-à-dire la moyenne des coûts variables et fixes qui auraient pu être évités sur une période considérée si l'entreprise n'avait pas produit une unité (supplémentaire) d'un produit. Au lieu du coût total moyen, est analysé le coût incrémental moyen de long terme (ou coût marginal moyen de long terme), à savoir la moyenne de tous les coûts variables et fixes spécifiquement supportés pour fabriquer un produit déterminé.

⁶⁴ CJUE, 27 mars 2012, Post Danmark A/S, aff. C-209/10 ; décision du Conseil de la concurrence n° 04-D-79 du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée ainsi que CA Paris, 20 décembre 2012, arrêt précité.

107. Dans cette hypothèse, pour les coûts fixes, seuls les coûts incrémentaux sont retenus. Les coûts communs aux différentes activités ne doivent pas être comptabilisés, sauf exception.

Les subventions croisées

108. Les subventions croisées interviennent lorsqu'une entreprise publique disposant d'un monopole utilise tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel. Cette pratique peut être qualifiée d'abusives si :

- la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ; ou
- lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle.

109. Une subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance avoir un effet potentiel sur le marché⁶⁵.

110. Le transfert de ces ressources d'une activité à l'autre peut, à cet égard, prendre des formes plus ou moins transparentes : mauvaise imputation comptable, mise à disposition de personnel, appui commercial ou logistique non rétribué à sa juste valeur, dès lors que ces facilités ne font pas l'objet de contreparties financières reflétant la réalité des coûts⁶⁶.

Politique de prix

111. La concurrence est encore susceptible d'être faussée lorsqu'une personne publique bénéficie de facilités ou d'avantages (financiers, matériels, humains) dont ne disposent pas ses concurrents.

112. Un risque de distorsion de concurrence existe par exemple lorsque l'opérateur public est en mesure d'affecter une partie de ces moyens à ses activités relevant du champ purement concurrentiel. Il se trouve ainsi en position de pratiquer des prix inférieurs à ses coûts.

113. Or, la nécessité, pour les opérateurs publics intervenant sur des marchés concurrentiels, de pratiquer des prix assurant une couverture des coûts a été soulignée à de nombreuses reprises par l'Autorité de la concurrence métropolitaine.

114. Le Conseil de la concurrence métropolitain a ainsi rappelé, s'agissant des prestations marchandes d'ingénierie forestière assurées par les directions départementales de l'agriculture et de la forêt, services déconcentrés de l'État, que « *les prix pratiqués doivent, en tout état de cause, couvrir l'ensemble des coûts affichés par une comptabilité de type analytique excluant l'utilisation de toute subvention croisée* »⁶⁷, ou encore, à propos de l'Office national des forêts, que « *la logique de tout établissement public industriel et commercial est de se comporter, dans le cadre de ses missions, comme une entreprise privée et de couvrir par ses ressources propres l'ensemble de ses charges* » et que, s'agissant des activités concurrentielles de l'Office,

⁶⁵ Décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public.

⁶⁶ *Ibid.*, voir également la décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 02-D-34 du 11 juin 2002 relative à des pratiques d'Electricité de France dans les secteurs de l'énergie et de l'ingénierie relative à l'utilisation des énergies ainsi que son avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence.

⁶⁷ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 05-A-06 du 31 mars 2005 relatif à une demande d'avis de la Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers bois (CNIEFEB).

« l'équilibre des comptes doit être la règle et les prix pratiqués doivent couvrir l'ensemble des coûts »⁶⁸.

115. Plus récemment, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a indiqué que « le jeu concurrentiel normal entre opérateurs est susceptible d'être faussé si des fonds publics ou les résultats d'exploitation excédentaires générés par [des] activités subventionnées sont utilisées pour financer des activités de transport soumises à la concurrence » et qu' « une telle orientation de ressources publiques pourrait (...) créer de graves distorsions de concurrence en faveur d'une entreprise ferroviaire qui profiterait d'un avantage concurrentiel artificiel qui ne serait pas fondé sur ses propres mérites, par exemple en adaptant indument sa politique commerciale pour proposer des prix artificiellement bas, que sa structure de coûts en services de transport ne pourrait normalement pas lui permettre »⁶⁹.
116. En Métropole et dans l'Union européenne, les facilités ou avantages de nature économique conférés à des opérateurs publics pourraient, le cas échéant, être qualifiés d'aides d'État. Pour que des ressources allouées à un opérateur au titre de l'exercice d'une mission de service public puissent échapper à une telle qualification⁷⁰, il est notamment nécessaire que :
- l'opérateur concerné soit chargé de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;
 - les paramètres de calcul de la compensation financière afférente à ces obligations soient établis au préalable de façon objective et transparente ; et
 - cette compensation n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les surcoûts occasionnés par l'accomplissement desdites obligations.
117. En Nouvelle-Calédonie, l'absence de droit des aides publiques – *i.e.* d'un corpus normatif permettant de règlementer des situations dans lesquelles des avantages économiques sont octroyés, à partir de fonds publics, à des entreprises sélectivement choisies par les pouvoirs publics – empêche d'appréhender efficacement les distorsions de concurrence ainsi générées. Pour autant, l'Autorité peut être amenée à se prononcer sur de telles distorsions si elle les constate à l'occasion d'une saisine contentieuse ou pour avis.

Accès à des informations privilégiées

118. Un autre risque de distorsion de concurrence entre opérateurs publics et privés peut résulter d'une asymétrie d'accès à l'information. Les opérateurs publics peuvent en effet, dans le cadre notamment de l'exercice de leur mission de service public, avoir accès à des informations stratégiques, dont leurs concurrents privés ne disposent pas.
119. Cette problématique a notamment été examinée par l'Autorité de la concurrence métropolitaine dans son avis relatif à une éventuelle fusion de l'Office national des forêts et de l'Inventaire forestier national, établissement public à caractère administratif ayant accès, dans le cadre de sa mission de service public, à d'importantes informations quantitatives et qualitatives sur la ressource forestière. L'Autorité de la concurrence métropolitaine avait alors indiqué que la fusion envisagée pourrait « présenter au regard du principe d'une concurrence non faussée un

⁶⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 09-A-33 du 29 septembre 2009 relatif aux modalités de la vente de bois par l'Office national des forêts (ONF) ; avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 94-A-15 précité.

⁶⁹ Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, §55.

⁷⁰ CJCE, 24 juillet 2003, Altmark, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747 ; Communication de la Commission européenne relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JOUE du 11 janvier 2012, §42 et suivants.

double risque : celui de l'accès direct de [l'Office national des forêts] à des données exhaustives et précises, qui actuellement ne sont pas à la disposition de l'ensemble des opérateurs (...), lui permettant une connaissance privilégiée du marché (...) et celui d'une connaissance des demandes de ses clients potentiels ou de ses concurrents, et donc de leurs besoins ou de leurs intentions »⁷¹.

120. De même, dans son avis précité n° 13-A-14 du 4 octobre 2013, l'Autorité a souligné le « *risque majeur d'atteinte à la concurrence* » pouvant résulter de l'utilisation, par les gestionnaires d'infrastructure ferroviaire, de certaines informations commercialement sensibles obtenues dans le cadre de l'exercice de leur mission de gestion d'accès au réseau⁷².

Exercice de fonctions régulatrices

121. Enfin, le droit de la concurrence peut encore être faussé lorsqu'une personne publique ayant la qualité d'opérateur économique sur un marché exerce par ailleurs, sur ce même marché, des fonctions de gestionnaire ou de régulateur lui conférant un avantage par rapport à ses concurrents. C'est à ce titre, par exemple, que le Conseil de la concurrence métropolitain a indiqué qu'« *une étanchéité totale doit exister entre les activités de gestion et de contrôle des aides publiques et les activités marchandes* » des directions départementales de l'agriculture et de la forêt⁷³.
122. De même, le Conseil a considéré que la participation de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes à l'instruction des demandes d'agrément présentées par les entreprises de formation professionnelle posait un problème de concurrence dès lors que cet agrément était nécessaire pour intervenir sur le marché considéré et que cette association à financement public était elle-même opérateur sur ce marché⁷⁴.
123. Plus récemment, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a estimé qu'il n'était pas souhaitable que les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution d'électricité puissent être opérateurs sur le marché de l'effacement de consommation d'électricité compte tenu des pouvoirs de contrôle qu'ils détenaient ou étaient susceptibles de détenir sur ce marché⁷⁵.

b. La mise en place de mesures préventives

124. Afin de prévenir les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mises en œuvre par des opérateurs publics et, plus largement, d'éviter qu'ils ne faussent le libre jeu de la concurrence sur les marchés où ils interviennent, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence métropolitaine ont régulièrement recommandé l'adoption de diverses mesures, notamment en matière de transparence.

i. Séparation comptable

125. La mise en place d'une séparation comptable entre les différents types d'activités exercées par un opérateur public repose sur l'établissement d'une comptabilité analytique propre à chaque type d'activité. Cette séparation est essentielle pour garantir que les ressources et moyens alloués à l'opérateur pour l'exercice de sa mission de service public ne sont pas détournés pour financer des activités concurrentielles.

⁷¹ Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 09-A-33 précité.

⁷² Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-A-14 précité, §58.

⁷³ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 05-A-06 précité.

⁷⁴ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 08-A-10 du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle (FFP), §72 et suivants.

⁷⁵ Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-A-25 du 20 décembre 2013 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité, §113 et suivants.

126. Le Conseil de la concurrence métropolitain, dans un avis du 25 juin 1996 relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence, a ainsi indiqué que « *la mise en place d'un système de comptabilité analytique fiable et transparent et de comptes généraux séparés est (...) pour La Poste une impérieuse nécessité, dès lors que coexistent en son sein deux types d'activités de nature différente [mission de service public postal et activité bancaire] dont l'une d'elles est couverte par un monopole public* »⁷⁶.
127. De même, dans son avis du 9 juin 1999 relatif à la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général, le Conseil de la concurrence métropolitain a souligné la nécessité « *que les régies de transports disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions affectées à chacune de celles-ci, en distinguant plus particulièrement les activités qui ont été attribuées directement par une autorité organisatrice de celles qui entrent en concurrence avec une entreprise privée* »⁷⁷.
128. C'est également en ce sens que le Conseil s'est prononcé, dans son avis du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise en affirmant qu'« *une séparation des comptes des activités en monopole ou liées aux missions de service public de celles ouvertes à la concurrence apparaît comme une condition nécessaire au respect des règles de concurrence. Cette séparation consiste, au minimum, à mettre en place une comptabilité analytique audité par activité* »⁷⁸.
129. Cette exigence a été réaffirmée à plusieurs reprises, notamment dans l'avis précité du 31 mars 2005, dans lequel le Conseil de la concurrence métropolitain indique que : « *la comptabilité analytique de l'ONF doit permettre d'identifier clairement ces deux types d'activités [mission de service public et activités marchandes], et à l'intérieur des activités marchandes en concurrence, d'identifier chaque prestation et en particulier l'ingénierie forestière (...). Cette comptabilité doit justifier de la non-affectation à ces activités des dotations publiques perçues dans le cadre des activités en monopole de l'ONF* »⁷⁹. En 2009, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a rappelé, à propos du même établissement public, que l'exigence d'une comptabilité analytique « *reste fondamentale pour s'assurer que les subventions budgétaires allouées à l'ONF ne servent pas à financer ses activités concurrentielles* »⁸⁰.
130. Pour être efficace, la mise en place d'une comptabilité analytique nécessite une délimitation claire et précise entre les activités de service public et les activités concurrentielles. Elle suppose également que cette comptabilité puisse être soumise au contrôle d'autorités indépendantes.

ii. Séparation fonctionnelle et juridique

131. Dans certains cas, une simple séparation comptable ne suffit pas à prévenir les risques de distorsion de concurrence. Une séparation fonctionnelle et juridique peut alors être nécessaire.
132. Le Conseil de la concurrence métropolitain avait par exemple considéré, à propos des activités de diversification d'EDF et de GDF, qu'« *une séparation étanche entre les activités liées au*

⁷⁶ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence.

⁷⁷ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général.

⁷⁸ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 04-A-13 du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise.

⁷⁹ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 05-A-06 précité.

⁸⁰ Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 09-A-33 précité.

monopole et celles relatives à la diversification semble s'imposer » et avait ainsi recommandé de filialiser l'ensemble des activités de diversification d'EDF et de GDF et de regrouper ces filiales au sein d'une holding unique pour chaque opérateur⁸¹.

133. De même, dans son avis relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste, le Conseil avait estimé que « [I] *'amélioration de la qualité et la transparence de la comptabilité analytique (...) constituent donc des conditions nécessaires pour la mise en œuvre effective du droit de la concurrence. Pour autant, il n'est pas sûr que ces conditions soient suffisantes dans tous les cas. En revanche, une séparation juridique et comptable, financière et organisationnelle entre les activités sous monopole et les activités ouvertes à la concurrence serait de nature à permettre un contrôle effectif des comportements au regard du droit de la concurrence* »⁸².
134. Une séparation juridique implique notamment la création d'entités distinctes pour les différentes activités, avec des obligations comptables et de gestion spécifiques, réduisant ainsi les risques de subventions croisées ou de transferts de ressources entre activités monopolistiques et concurrentielles.

B. Application au cas d'espèce

1. Sur la question relative au principe de l'intervention publique dans le secteur touristique

135. Dans son acte de saisine, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie s'interroge sur la légalité de l'intervention de la province Sud sur différents marchés du secteur touristique, par le biais de la création de la SPL Sud Tourisme :

« le secteur des agences de tourisme ne souffre pas d'une carence d'initiative privée puisqu'à ce jour 14 opérateurs privés basés en province Sud disposent d'un agrément et exercent une activité.

Il ressort d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat que les collectivités publiques (...) si elles entendent prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. A cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée (...).

Or, s'il se peut que la SPL une fois agréée intervienne sur un segment délaissé par les opérateurs privés déjà implantés de sorte que le risque d'entorse au libre jeu de la concurrence serait limité, elle pourrait tout autant concentrer son activité sur des segments jugés plus rentables où sont déjà positionnés des acteurs privés »⁸³.

136. La problématique soulevée met donc en cause le principe même de l'intervention de la province Sud dans le secteur du tourisme, et plus particulièrement sur le marché des agences de tourisme et de voyages.
137. Conformément aux principes rappelés aux paragraphes 71 et suivants, pour qu'une telle intervention soit admise dans son principe, il faut qu'elle puisse être regardée comme répondant à un intérêt public et que les structures publiques concernées agissent dans la limite de leurs compétences.

⁸¹ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 94-A-15 précité.

⁸² Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 96-A-10 précité.

⁸³ Voir le courrier de saisine du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (Annexe 1, Cote 2).

138. En l'espèce, la SPL Sud Tourisme exerce une activité principale de service public, similaire aux missions confiées aux offices de tourisme, comprenant notamment l'accueil et l'information des touristes, ainsi que la promotion du tourisme local. En complément, elle propose une activité d'intermédiation entre les touristes et les opérateurs touristiques en province Sud *via* une plateforme numérique. Cette activité complémentaire de nature économique sur un marché concurrentiel pourrait également être qualifiée d'activité de service public.
139. Toutefois, la SPL Sud Tourisme a aussi demandé une licence d'agent de tourisme afin de pouvoir commercialiser des offres dans ses points de vente et des forfaits touristiques. Cette dernière activité semble plus difficilement s'inscrire comme une activité de nature économique complémentaire à sa mission de service public sur un marché concurrentiel.
140. S'il est vrai que l'absence ou l'insuffisance de l'offre privée peut constituer un intérêt public suffisant, au sens de la jurisprudence précitée du Conseil d'État « Ordre des avocats au barreau de Paris »⁸⁴, cet intérêt public peut également être caractérisé indépendamment d'une telle carence. Ainsi, l'intervention de la province Sud dans le secteur du tourisme, *via* la création de la SPL Sud Tourisme et son éventuel agrément comme agent de tourisme ou de voyages, ne saurait être écartée au seul motif que des opérateurs privés proposent déjà des prestations similaires.
141. Néanmoins, aucun élément révélé par l'instruction ne permet d'indiquer que la commercialisation des forfaits touristiques par la SPL Sud Tourisme sur un marché concurrentiel constituerait un intérêt public suffisant ou un complément nécessaire à sa mission de service public, justifiant pour cette raison l'octroi d'une licence d'agence de tourisme pour concurrencer des entreprises privées.
142. L'appréciation du respect des conditions de prise en charge d'une activité économique sur un marché concurrentiel par une personne publique, au regard du principe de spécialité et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, relève cependant de la compétence des juridictions administratives⁸⁵. Il n'appartient donc pas à l'Autorité de substituer son analyse à celle du juge administratif.
143. Par ailleurs, en vertu de l'article 206 de la Loi organique, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut saisir le Tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie pour obtenir un avis sur ces problématiques.
144. En définitive, le contentieux relatif à la délivrance d'une licence ou d'un agrément à la SPL Sud tourisme⁸⁶ relève de la compétence du Tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie qui, s'il était saisi sur ces questions, devrait examiner, au regard des règles de concurrence, si cet agrément confère à la SPL un avantage concurrentiel, tel qu'une possibilité d'abuser de sa position dominante sur le marché en cause⁸⁷.

⁸⁴ CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531, Rec. Lebon p. 245.

⁸⁵ Décision du Conseil de la concurrence métropolitain n° 04-D-02 du 10 février 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Germain Environnement à l'encontre de l'Office National des Forêts, §10 et 11, confirmée par arrêt CA Paris, 27 juillet 2004, n° RG 2004/03174.

⁸⁶ Voir, sur le principe, CE, 28 juin 2010, Société OK Voyages, n° 329241.

⁸⁷ Dans ce cadre, l'Autorité pourrait être consultée pour avis par le juge administratif, en vertu de l'article Lp. 462-3 du Code de commerce, afin de caractériser un éventuel abus de position dominante du fait de l'octroi de la licence et des comportements engendrés.

2. Sur la question relative aux risques de distorsion de concurrence liés à l'agrément de la SPL Sud Tourisme comme agence de tourisme

a. S'agissant des avantages dont pourrait bénéficier la SPL par rapport aux agences de tourisme et de voyages

145. Dans son acte de saisine, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie exprime des préoccupations concernant les risques d'atteinte à la concurrence pouvant résulter de l'agrément de la SPL Sud Tourisme comme agence de tourisme ou de voyages dans les termes suivants « *au vu du budget dont [la SPL Sud Tourisme] dispose et l'état des agences de tourisme au sortir de deux années de Covid, [l'intervention de la SPL Sud Tourisme sur le marché des agences de tourisme] pourrait confronter ces dernières à de grandes difficultés, au risque de les mettre en péril* ».
146. Cette problématique porte sur les distorsions de concurrence susceptibles de découler des avantages spécifiques dont bénéficie la SPL Sud Tourisme, notamment en raison de son mode de financement.
147. En effet, la SPL Sud Tourisme dépend quasiment exclusivement de subventions publiques pour son fonctionnement courant : en 2023, 96 % de ses produits d'exploitation correspondent à des subventions d'exploitation, pour un montant d'environ 330 millions de F. CFP⁸⁸. De plus, elle a reçu d'importantes subventions d'investissement : environ 78 millions de F. CFP en 2023 et 30 millions de F. CFP en 2022.
148. Ce niveau de subventionnement ne saurait être remis en cause, pour autant qu'il compense les charges liées à l'exercice des missions de service public confiées à la SPL. En particulier, la gestion des offices de tourisme et la promotion de l'offre touristique en province Sud, lorsqu'elles ne peuvent être prises en charge par des opérateurs privés, peuvent légitimement faire l'objet de compensations financières adéquates au bénéfice de l'opérateur public.
149. Cependant, un tel subventionnement public pourrait être de nature à créer des distorsions de concurrence dès lors qu'il bénéficierait à un acteur exerçant, à côté des missions particulières pour lesquelles il perçoit ces ressources, des activités purement marchandes.
150. Comme évoqué précédemment, le risque serait en effet qu'une partie des ressources qui sont allouées à l'opérateur public au titre de sa mission de service public soit utilisée pour financer les activités en concurrence. De telles situations peuvent donner lieu à des pratiques anticoncurrentielles, telles que des prix prédateurs ou des subventions croisées, contraires à l'article Lp. 421-2 du Code de commerce si elles sont le fait d'un opérateur en position dominante.
151. Plus généralement, des pratiques de prix inférieurs aux coûts, mises en œuvre par des opérateurs publics grâce à l'utilisation croisée de ressources publiques, seraient de nature à fausser le jeu de la concurrence au détriment des acteurs privés en permettant à ces opérateurs publics de conquérir des parts de marché autrement que par leurs propres mérites.
152. En l'espèce, interrogée à plusieurs reprises sur sa potentielle intervention sur le marché des services d'agence de tourisme, la SPL Sud Tourisme a d'abord adopté une position ambiguë quant aux modalités de cette intervention. Initialement, la SPL souhaitait exploiter la licence d'agent de voyages ou de tourisme pour commercialiser des forfaits touristiques directement auprès des consommateurs⁸⁹. Cependant, elle a ultérieurement affirmé que « *l'activité projetée ne [portait] plus sur la réalisation et la commercialisation d'offre de « packages » mais*

⁸⁸ Voir les liasses fiscales 2022 et 2023 de la SPL Sud Tourisme (Annexes 23 et 24, Cotes 248 et 256).

⁸⁹ Voir le dossier de demande de licence d'agence de tourisme de la SPL Sud Tourisme (Annexe 15, Cote 156).

uniquement sur la mise en place d'un « catalogue » virtuel des prestations proposées par les prestataires touristiques de la Province Sud »⁹⁰ (soulignement ajouté).

153. Par la suite, la directrice générale de la SPL Sud Tourisme a déclaré que « l'exécutif de la Province Sud [souhaitait] conserver la possibilité de commercialiser des packages et donc de conserver l'agrément [comme agence de tourisme] »⁹¹ (soulignement ajouté).
154. Toutefois, la SPL a finalement indiqué ne plus proposer une « *commercialisation propre de forfaits touristiques* »⁹². En séance devant l'Autorité, elle a confirmé ce changement de paradigme en précisant que l'objectif n'est plus de proposer des prestations ou des offres répondant à la définition de forfait, mais de permettre à l'utilisateur d'acheter ces prestations de manière séparée et autonome. La SPL a néanmoins précisé vouloir maintenir sa demande d'agrément, souhaitant ainsi se doter d'un cadre légal renforcé pour légitimer son activité et s'assurer d'une position conforme sur ce marché.
155. Si la SPL Sud Tourisme venait à offrir des services similaires à ceux d'une agence de tourisme, tels que la commercialisation de forfaits touristiques, **à supposer que cette activité soit considérée comme complémentaire à sa mission de service public**, elle devra veiller **strictement** à ce que les ressources publiques allouées au titre de sa mission de service public ne soient pas utilisées pour financer des activités concurrentielles, sous peine de contrevenir à l'article Lp. 421-2 du Code de commerce et s'exposer aux sanctions afférentes.

b. S'agissant des risques liés à l'accès à des données relatifs aux opérateurs touristiques

156. L'offre de la SPL Sud Tourisme de services similaires à ceux d'une agence de tourisme peut également présenter un risque au regard du principe d'une concurrence non faussée. En effet, la SPL Sud Tourisme, en sa qualité de gestionnaire des offices de tourisme, a accès à des informations détaillées et exhaustives sur les opérateurs touristiques locaux. Or, ces informations ne sont pas répliquables par les agences de tourisme potentiellement concurrentes.
157. En outre, si des agences de tourisme privées utilisaient la plateforme numérique de la SPL Sud Tourisme, cette dernière pourrait accéder à des informations sensibles, telles que les volumes d'affaires de ces agences, qui pourraient être des concurrents potentiels dans le cas où la SPL Sud Tourisme commercialiserait des services d'agence de tourisme. Cela conférerait alors à la SPL Sud Tourisme un avantage concurrentiel.

c. S'agissant du risque de confusion entre les activités

158. Le cumul, par la SPL Sud Tourisme, de prestations de services d'intérêt général et de prestations concurrentielles peut également entraîner une confusion entre ces deux types d'activités.
159. L'Autorité de la concurrence métropolitaine considère en outre que cette confusion peut être constitutive d'un abus de position dominante en affirmant que « [l]orsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le respect des règles de concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence puissent bénéficier, pour leur développement, au détriment des

⁹⁰ Voir la réponse de la SPL Sud Tourisme au questionnaire envoyé par le service d'instruction en date du 12 juillet 2023 (Annexe 19, Cote 194).

⁹¹ Voir le procès-verbal d'audition de la directrice générale de la SPL Sud Tourisme en date du 4 octobre 2023 (Annexe 6, Cote 59).

⁹² Voir la réponse de la SPL Sud Tourisme au questionnaire envoyé par le service d'instruction en date du 12 juillet 2023 (Annexe 19, Cote 202).

entreprises opérant sur les mêmes marchés, des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général »⁹³.

160. En l'espèce, la SPL Sud Tourisme pourrait entretenir une confusion entre ses prestations liées à son activité de service public d'accueil et d'information des touristes au sein des offices de tourisme, et ses prestations en concurrence avec les agences de tourisme.
161. En effet, la vente de forfaits touristiques au sein d'offices de tourisme peut constituer un avantage non-répliquable par les agences de tourisme concurrentes, en apportant à la SPL Sud Tourisme une clientèle supplémentaire recherchant des informations touristiques.
162. Dès lors, si la SPL Sud Tourisme obtient une licence d'agence de tourisme, elle devra matérialiser une dissociation suffisante dans son activité, entre les services en concurrence et les services qui relèvent pleinement de son activité de service public.

d. S'agissant des mesures préventives

163. Pour limiter les atteintes potentielles au jeu concurrentiel, plusieurs mesures préventives peuvent être mises en œuvre.
164. En premier lieu, pour s'assurer que les ressources et moyens alloués à la SPL Sud Tourisme pour l'exercice de sa mission de service public ne soient pas utilisés pour financer ses activités concurrentielles, une séparation comptable doit être opérée entre les deux types d'activités.
165. Une comptabilité analytique devrait être mise en place pour distinguer précisément les deux types d'activités. Cette comptabilité permettrait d'identifier les coûts et les recettes spécifiques à chaque activité, en particulier l'offre de services d'agences et la commercialisation de forfaits touristiques, et de s'assurer que les subventions publiques ne financent pas ses prestations concurrentielles.
166. Avant la mise en place de cette séparation comptable, une délimitation fine et précise des activités de service public et des activités concurrentielles exercées par la SPL Sud Tourisme doit être réalisée. Cette délimitation des activités permettrait ainsi aux acteurs, tant économiques qu'institutionnels, de mieux comprendre le rôle de cette entité, afin éventuellement de s'y adapter.
167. Les prix pratiqués devront alors couvrir l'ensemble des coûts afférents aux activités concurrentielles et affichés par une comptabilité analytique excluant l'utilisation de toute subvention croisée. Dans ses activités concurrentielles, la SPL Sud Tourisme doit se comporter comme une entreprise privée et couvrir, par ses ressources propres, l'ensemble de ses charges.
168. En deuxième lieu, une séparation juridique de ces deux activités dans deux entités juridiques distinctes peut encore être envisagée. Elle permettrait une séparation plus étanche des deux activités.
169. Toutefois, si la séparation juridique n'apparaît finalement pas pertinente au regard du statut de SPL⁹⁴, d'autres mesures peuvent être mises en place pour limiter les transferts de données sensibles auxquelles la SPL Sud Tourisme aurait accès en raison de son activité de service public.

⁹³ Avis du Conseil de la concurrence métropolitain n° 98-A-03 du 24 février 1998 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance.

⁹⁴ Voir en ce sens la circulaire du ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités territoriales et de l'immigration N° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) selon laquelle « [u]ne prise de participation majoritaire dans le capital d'une société commerciale ou conférant un pouvoir de contrôle à la SPL ou à la SPLA aurait pour conséquence de considérer la SPL ou la SPLA comme exerçant elle-même l'activité commerciale de

170. Une séparation fonctionnelle, sans séparation juridique, pourrait être préférée par exemple entre les employés de la SPL Sud Tourisme chargés de traiter les données sensibles des opérateurs touristiques dans le cadre de l'activité de service public, avec les employés chargés d'effectuer des prestations commerciales concurrentielles, assortie d'une interdiction de communication de ces informations sensibles. Une sensibilisation des équipes sur la nécessité de respecter les obligations de confidentialité pourrait également s'avérer nécessaire⁹⁵.

3. Sur la question relative aux risques de distorsions de concurrence liés à la création d'une plateforme d'intermédiation en ligne entre les opérateurs touristiques et les consommateurs

171. Bien que la question des risques de distorsions de concurrence liés à la création d'une plateforme marchande, destinée à mettre en relation les opérateurs touristiques avec les consommateurs moyennant une commission, n'ait pas été directement soulevée dans l'acte de saisine, elle mérite d'être examinée.

a. Le service public de l'activité d'intermédiation

172. Pour une activité d'intermédiation en ligne exercée par une entité publique, il appartient à l'autorité administrative de tutelle – sous le contrôle éventuel du juge administratif – de déterminer si cette activité relève d'une mission de service public justifiant l'allocation de ressources publiques, ou si elle s'inscrit dans le champ concurrentiel.
173. En l'espèce, la province Sud, en qualité d'autorité de tutelle de la SPL Sud Tourisme, considère que l'activité d'intermédiation en ligne de la SPL constitue un service public assimilable à la notion de SIEG en droit de l'Union européenne. À ce titre, la compensation des coûts supportés par la SPL dans le cadre de cette activité serait justifiée.

b. La juste compensation de l'activité d'intermédiation

174. Si la province Sud justifie la compensation perçue pour l'exécution des obligations de service public, elle serait effectivement fondée à compenser les coûts subis par la SPL Sud Tourisme dans le cadre de son activité d'intermédiation en ligne, à condition néanmoins d'éviter que cette compensation ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.
175. Les paramètres de calcul de la compensation doivent par conséquent être clairs et transparents. Si l'autorité publique décide de compenser tous les éléments de coût du prestataire, elle doit donc établir, dès le départ, la façon dont ces coûts seront déterminés et calculés.
176. En outre, la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'accomplissement des obligations de service public. Seuls les coûts directement liés à la prestation du service peuvent être pris en compte et toutes les recettes générées par la prestation du service doivent être déduites. Pour la SPL Sud Tourisme, cela signifie que les compensations octroyées par la province Sud doivent tenir compte des recettes

la société à laquelle elle participe et la rendrait directement intéressée par les résultats de cette société. Dans ces conditions, la SPL ou SPLA ne pourrait plus être considérée comme n'exerçant ses activités que pour le compte des collectivités qui la composent ou comme ne poursuivant d'autres buts que ceux fixés par ces collectivités. Cette situation contreviendrait à la fois aux critères de la quasi-régie et aux dispositions de l'article L. 1531-1 du CGCT [...]. Dans ces conditions, il ne peut qu'être déconseillé aux collectivités d'engager la SPL ou la SPLA à laquelle elles appartiennent dans la prise de participation d'une autre société commerciale ».

⁹⁵ De tels engagements avaient été pris par le groupe Ballande à l'occasion de la décision de l'Autorité n° 2020-DEC-08 du 11 septembre 2020 relative à la mise en exploitation d'un hypermarché sous enseigne « Hyper U » d'une surface de 3 600 m² à Païta par la société Ballande SAS, §373 et suivants.

généérées par la plateforme numérique, notamment sous la forme de commissions perçues à l'égard des opérateurs touristiques utilisateurs.

177. En séance devant l'Autorité, la SPL Sud Tourisme a indiqué que cette commission s'élève à [0-20] %, répartie entre Antidots ([confidentiel] %) et la SPL ([confidentiel] %). Les [confidentiel] % perçus par la SPL couvrent les frais techniques de la plateforme, notamment les frais de licence et frais de maintenance, mais pas les frais de personnel.
178. L'Autorité souligne de nouveau qu'une éventuelle surcompensation pourrait entraîner des subventions croisées, avec un risque de fausser la concurrence.

c. Les autres risques de distorsions posés par l'activité d'intermédiation

179. La directrice générale de la SPL Sud Tourisme a elle-même identifié de potentielles distorsions de concurrence liées à l'intervention de la SPL Sud Tourisme sur le marché de l'intermédiation touristique en ligne par le biais d'une plateforme, notamment en cas de disparition de l'acteur Résa.nc, qui fournit également un service d'intermédiation en ligne entre opérateurs touristiques calédoniens et consommateurs⁹⁶.
180. Auditionné par le service d'instruction, le gérant de Résa.nc a également exprimé ses inquiétudes, soulignant que les services envisagés par Sud Tourisme étaient complètement substituables à ceux proposés par sa plateforme, bien que reposant sur des modèles économiques de rémunération différents⁹⁷.
181. Ces craintes mettent en évidence la nécessité d'évaluer si les avantages conférés à la SPL Sud Tourisme, compte tenu de son mode de financement spécifique, sont compatibles avec les règles de concurrence.
182. Comme indiqué précédemment, les acteurs publics ne doivent pas bénéficier, pour l'exercice de leurs activités relevant de la sphère concurrentielle, d'avantages, en particulier d'ordre financier, dont ne disposent pas les opérateurs privés. Les subventions allouées doivent donc être strictement affectées aux missions de service public et proportionnées aux contraintes spécifiques qui en découlent.
183. Conformément aux préconisations précédentes, le respect de cette condition rend nécessaire la mise en place d'une séparation comptable entre les activités de service public et les activités concurrentielles prises en charge par la SPL Sud Tourisme.
184. Au-delà des distorsions de concurrence pouvant résulter des modalités de financement de l'activité d'intermédiation en ligne, certains professionnels ont exprimé des préoccupations liées aux liens institutionnels entre la province Sud, la SPL Sud Tourisme, et d'autres entités publiques. Par exemple, un acteur du secteur a signalé :
*« Une autre problématique est que la Province Sud est actionnaire de la plupart des hôtels via Promo Sud. S'il y a une synergie entre Promo Sud et Sud Tourisme sur les prix [...], cela poserait un sérieux problème pour nous, car ils risqueraient de privilégier leurs propres prestations »*⁹⁸.
185. Il peut donc être rappelé que la SPL Sud Tourisme, ou toute structure chargée de gérer et d'exploiter la plateforme, doit s'abstenir de mettre en œuvre, par cette gestion, toute pratique anticoncurrentielle, sous peine d'être justiciable des articles Lp. 421-1 et suivants du Code de

⁹⁶ Voir le procès-verbal d'audition de la directrice générale de la SPL Sud Tourisme en date du 4 octobre 2023 (Annexe 6, Cote 59).

⁹⁷ Voir le procès-verbal d'audition de la plateforme Résa.nc en date du 23 février 2023 (Annexe 16, Cote 169).

⁹⁸ Voir le procès-verbal d'audition du syndicat des agences de tourisme en date du 23 mai 2023 (Annexe 17, Cote 178).

commerce. A ce titre, les pratiques de parité tarifaire⁹⁹, de discrimination¹⁰⁰, ou de préférence accordée à ses propres services dans le cadre d'une activité d'intermédiation¹⁰¹, ont été reconnues comme abusives par la pratique décisionnelle, à condition de démontrer l'existence d'une position dominante.

III. L'avis de l'Autorité sur la réglementation applicable aux agences de tourisme et de voyages

A. Sur le champ de contrôle de la réglementation en cause

186. Toute réglementation qui limite directement ou indirectement l'accès à une activité économique ou ses modalités d'exercice est susceptible de restreindre la concurrence en réduisant le nombre d'opérateurs sur le marché pertinent.
187. Les limitations directes peuvent résulter d'un mécanisme d'autorisation administrative, de quotas, d'exigences de qualifications professionnelles ou de restrictions quantitatives. Elles sont susceptibles de constituer des barrières à l'entrée – pouvant empêcher les opérateurs plus efficaces que ceux qui disposent d'autorisations ou se conforment au texte de développer leurs services – de réduire les opportunités d'économies d'échelle et le choix offert aux consommateurs.
188. Les limitations indirectes portent, en général, sur les modalités d'exercice de l'activité économique, comme les restrictions en matière de publicité, la concurrence entre opérateurs ou encore la structure des entreprises.
189. Certaines de ces limitations peuvent aboutir à prohiber certaines offres de services ou, sans aller jusqu'à une interdiction, réduire la quantité d'offre disponible sur le marché, ainsi que la diversité des biens et services proposés.
190. Dans le cadre de ses fonctions consultatives, l'Autorité examine si ces limitations du nombre d'opérateurs résultant d'un texte normatif, qu'elles soient directes ou indirectes, ont un effet sensible sur le marché. Dans cette hypothèse, elle vérifie si elles sont :
 - justifiées par un objectif d'intérêt général ;
 - nécessaires et adaptées à cet objectif ; et
 - qu'il n'existe pas de méthode moins restrictive de concurrence pour atteindre cet objectif.
191. L'Autorité propose, le cas échéant, des mesures moins restrictives de concurrence que celles qui sont envisagées, comme un régime de déclaration préalable au lieu d'une autorisation administrative, ou une réglementation ciblant le bien ou service final plutôt que l'accès à l'activité économique.
192. Dans sa saisine, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie demande à pouvoir bénéficier des recommandations de l'Autorité sur les modifications pouvant être apportées à la réglementation applicable à la profession d'agent de tourisme ou de voyages¹⁰².
193. La délibération n° 185 du 10 mai 2001 réglementant la création et le fonctionnement des agences de voyage et des agences de tourisme (ci-après « la Délibération ») présente en effet des

⁹⁹ Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 15-D-06 du 21 avril 2015 précitée.

¹⁰⁰ Décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cégédim dans le secteur des bases de données d'informations médicales.

¹⁰¹ CJUE, 10 septembre 2024, Google c./ Commission « Google Shopping », aff. C-48/22 P.

¹⁰² Voir le courrier de saisine du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (Annexe 1, Cote 3).

dispositions par nature restrictives de concurrence en réglementant à la fois l'accès et l'exercice de la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

194. Dans son avis n° 2022-A-04 relatif au fonctionnement du secteur aérien, l'Autorité avait déjà recommandé une modernisation de la réglementation des agences de voyages pour renforcer la protection des consommateurs et faciliter l'exercice de cette activité¹⁰³.
195. Dans le présent avis, l'Autorité propose une évolution de la Délibération afin de réduire les barrières à l'entrée pour les agents de voyages et de tourisme, en favorisant une dynamique concurrentielle dans ce secteur fortement réglementé.
196. Il conviendra ainsi d'examiner chaque condition d'accès à la profession, en donnant des orientations générales.

B. Sur les exigences d'aptitude professionnelle

197. L'article 2 de la Délibération énumère les conditions pour pouvoir offrir des services assimilables à ceux d'une agence de tourisme ou de voyages, et notamment la vente de forfaits touristiques :

« Les opérations énoncées à l'article 1^{er} ne peuvent être réalisées dans un but lucratif que par des personnes physiques ou morales ayant la qualité de commerçant titulaire d'une licence d'agent de voyages ou d'une licence d'agent de tourisme. Ces licences sont délivrées aux personnes physiques qui satisfont aux conditions suivantes :

- 1) *Justifier de leur aptitude professionnelle*
- 2) *Ne pas être frappées de l'une des incapacités ou interdictions d'exercer visées aux articles 8 à 8-4,*
- 3) *Justifier à l'égard de la clientèle d'une garantie financière dans les conditions prévues aux articles 9 et suivants,*
- 4) *Justifier d'une assurance de la responsabilité civile professionnelle, telle que prévue aux articles 14, 15, 16 et 17,*
- 5) *Disposer d'installations matérielles appropriées, conformément à l'article 18,*
- 6) *Se consacrer exclusivement à l'activité pour laquelle la licence a été délivrée,*

Les licences sont aussi délivrées aux personnes morales qui satisfont aux conditions prévues aux 3, 4, 5 et 6 ci-dessus et dont les représentants légaux satisfont aux conditions 1 et 2 ci-dessus ».

198. S'agissant de l'aptitude professionnelle, celle-ci est réputée acquise au regard de l'article 7 de la Délibération, si le demandeur ou le représentant légal remplit les critères suivants :

« 1) soit avoir occupé pendant trois années consécutives un emploi de cadre ou assimilé dans :

- *Une agence de voyages ou de tourisme (en vue de l'obtention d'une licence d'agent de voyages ou d'agent de tourisme) ;*
- *Une administration, une collectivité ou un établissement public ayant, chacun en ce qui le concerne, des compétences propres dans le domaine du tourisme (en vue de l'obtention d'une licence d'agent de tourisme seulement).*

2) soit être titulaire de l'un des diplômes suivants :

- *Brevet de technicien supérieur tourisme ou tourisme loisirs,*

¹⁰³ Avis de l'Autorité n° 2022-A-04 précité, §454 et suivants.

- Titre ou diplôme de niveau III homologué par la commission technique d'homologation des titres et diplômes de l'enseignement technologique,
- Licence ou diplôme d'un niveau égal ou supérieur délivré par l'État ou par un établissement reconnu par l'État

La personne titulaire d'un de ces diplômes doit, en outre, justifier qu'elle a occupé un emploi répondant aux conditions prévues aux 1) ci-dessus pendant deux ans au moins.

3) soit être titulaire de l'un des diplômes énumérés au 2) ci-dessus et avoir occupé pendant cinq ans, soit un emploi de cadre dans une entreprise différente de celles mentionnées au 1) du présent article, soit un emploi équivalent dans une administration publique.

Pour diriger plus d'une agence sous leur responsabilité légale, le ou les responsables légaux d'une entreprise titulaire d'une licence d'agent de voyages ou d'agent de tourisme doivent faire appel aux services d'un salarié répondant aux conditions fixées au 1) ou au 2) ci-dessus.

Les conditions de l'aptitude professionnelle en ce qui concerne les personnes chargées de la direction d'une succursale ou d'un point de vente d'agence de voyages ou d'agence de tourisme visés à l'article 10 sont celles requises ci-dessus, les temps d'activité étant toutefois, en ce cas, réduits de moitié ».

199. Certaines de ces exigences d'aptitude professionnelle apparaissent particulièrement restrictives pour le demandeur. Elles constituent des barrières à l'entrée pour l'accès à la profession, et peuvent être regardées comme disproportionnées par rapport à l'objectif affiché d'assurer l'adéquation des aptitudes professionnelles aux exigences de la profession. En conséquence, ces restrictions peuvent freiner l'attractivité du métier, limiter l'innovation, et décourager des entrepreneurs ou chefs d'entreprises aux profils diversifiés de créer des agences de tourisme ou de voyages.
200. À titre comparatif, en Métropole, le législateur a considérablement assoupli les conditions d'accès à la profession d'agent de voyages, en dispensant les nouveaux agents de justifier soit d'un stage, soit d'une expérience professionnelle d'une durée minimale d'un an, soit de la possession d'un diplôme, titre ou certificat, figurant sur une liste¹⁰⁴.
201. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pourrait s'inspirer de ces évolutions en rendant moins contraignant les critères d'accès à la profession prévus à l'article 7 de la Délibération, voire en supprimant, le cas échéant, l'exigence de justifier d'une aptitude professionnelle.

Recommandation n° 1 : l'Autorité recommande de rendre moins contraignants les critères d'accès à la profession prévus à l'article 7 de la Délibération ou de supprimer, le cas échéant, l'exigence de justifier d'une aptitude professionnelle pour pouvoir exercer la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

C. Sur les incapacités et interdictions d'exercer

202. Les articles 8 et suivants de la Délibération prévoient des interdictions d'exercer pour les personnes physiques ayant fait l'objet de certaines condamnations pénales.
203. Cette longue liste d'incapacités et d'interdictions constitue également des restrictions significatives à l'accès à la profession, représentant des barrières à l'entrée. Si de telles

¹⁰⁴ Voir l'article L.211-18 du Code du tourisme métropolitain et le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1682 du 17 décembre 2015 portant simplification de certains régimes d'autorisation préalable et de déclaration des entreprises et des professionnels, article 18 ; voir également le décret n°2017-1871 du 29 décembre 2017, article 5, abrogeant l'article R. 211-41 du code.

limitations pouvaient se justifier à une époque où les paiements en espèces étaient courants et où l'agent de voyage devait offrir toutes garanties de probité pour la gestion de ces fonds, elles apparaissent aujourd'hui moins fondées, compte tenu de la généralisation des paiements dématérialisés et des dispositifs de traçabilité financière. Telles que rédigées, ces restrictions semblent ainsi disproportionnées au regard des objectifs poursuivis.

204. En Métropole, les limitations à l'accès à la profession du fait des incapacités ou interdictions d'exercer ont été supprimées par la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009.
205. En Nouvelle-Calédonie, il semble ainsi nécessaire de réviser les articles 8 et 8-1 de la Délibération, soit en restreignant les incapacités et interdictions aux cas les plus graves, soit en adoptant une suppression similaire à celle réalisée en Métropole.

Recommandation n° 2 : l'Autorité recommande de supprimer ou de limiter les incapacités et interdictions d'exercer la profession d'agent de tourisme ou de voyages pour les personnes physiques ayant fait l'objet des condamnations pénales citées par la réglementation.

D. Sur les assurances responsabilité civile et les garanties financières

206. Les articles 9 à 12 de la Délibération prévoient l'obligation, pour obtenir la licence, de justifier d'une garantie financière d'un montant minimal de 5 millions de F. CFP, sous la forme d'une consignation ou d'une caution, spécialement affectée au remboursement en principal des fonds reçus par l'agent de voyages ou de tourisme au titre des engagements qu'il a contractés à l'égard de sa clientèle pour des prestations en cours ou à servir. Cette garantie vise à protéger les clients contre les risques tels que la cessation de paiement de l'agent de voyages ayant entraîné un dépôt de bilan, en assurant notamment le rapatriement des voyageurs.
207. En outre, selon l'article 14 de la Délibération, les agents de voyages ou de tourisme doivent souscrire un contrat d'assurance le garantissant contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle. La garantie prendrait en charge notamment les dommages causés à ses clients, à des prestataires de service ou à des tiers par suite de fautes, erreurs de fait ou de droit, omissions ou négligences commises à l'occasion de l'offre, de l'organisation et de la vente des prestations d'agence de tourisme ou de voyages, tant du fait de l'agent que du fait de ses préposés.
208. Ces deux exigences ont été maintenues dans le Code du tourisme national, dont l'article L. 211-18 qui prévoit les conditions d'accès à la profession d'agent de voyages. Ces agents doivent ainsi :

« 1° Justifier, à l'égard des voyageurs, d'une garantie financière suffisante, spécialement affectée au remboursement des fonds reçus au titre des forfaits touristiques, des prestations de voyage liées et de ceux des services mentionnés au 2° du I de l'article L. 211-1 qui ne portent pas uniquement sur un transport, sauf lorsque les forfaits touristiques et services de voyage sont achetés en vertu d'une convention générale conclue pour l'organisation d'un voyage d'affaires. Cette garantie doit résulter de l'engagement d'un organisme de garantie collective, d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'assurance établis sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou d'une société de financement. Si une prestation de transport est incluse, la garantie doit couvrir les frais de rapatriement éventuel vers le lieu de départ ou à un autre lieu décidé d'un commun accord par les parties contractantes. Le remboursement peut être remplacé, avec l'accord du voyageur, par la fourniture d'une prestation différente en remplacement de la prestation prévue. La prestation proposée par l'organisme de garantie financière ne requiert pas l'accord exprès du voyageur, dès lors que sa mise en œuvre n'entraîne qu'une modification

mineure du contrat et que le voyageur en est informé de manière claire, compréhensible et apparente sur un support durable ;

2° Justifier d'une assurance garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle. »

209. Même si ces deux exigences liées à la justification d'une garantie financière suffisante et d'une assurance garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle créent une barrière à l'entrée à l'exercice de la profession, elles demeurent justifiées par leur objectif de protection des voyageurs et ne portent pas une atteinte démesurée à la concurrence au regard de cet objectif. Les clients doivent en effet bénéficier de la garantie d'être indemnisés des préjudices que l'agent de voyage est tenu de compenser si celui-ci faisait défaut.
210. Toutefois, pour faciliter l'accès à la profession, il serait opportun de simplifier les modalités de garantie, prévus aux articles 9 à 12 de la Délibération, en veillant à ce que le montant minimal exigé demeure adapté.

Recommandation n° 3 : l'Autorité recommande de simplifier les modes de garanties, leur affectation et leur mise en œuvre, en vérifiant que le montant de la garantie exigée par la réglementation demeure adapté pour accéder à la profession.

E. Sur les exigences de disposer d'installations matérielles adaptées

211. Selon l'article 18 de la Délibération, le demandeur de la licence doit disposer d'une « installation adéquate et d'un local à usage commercial, soit à titre de propriétaire, soit à titre de locataire bénéficiant d'un bail commercial lui permettant d'exercer l'activité considérée.
- Ce local doit être, par sa superficie, sa situation et son aménagement, adapté à l'exercice de la profession ; il devra être consacré en totalité aux activités de l'agence et à l'exclusion de toute autre activité. Cette activité devra y être menée à plein temps ».*
212. Cette exigence crée des restrictions d'accès à la profession d'agent de tourisme ou de voyages et représente une barrière supplémentaire à l'entrée. De plus, la formulation de l'article donne un important pouvoir d'appréciation au service instructeur, devant apprécier si l'installation du demandeur est « adéquate » à l'exercice de l'activité.
213. En outre, l'obligation de consacrer la totalité du local aux activités de l'agence empêche l'aménagement d'espaces partagés ou le développement d'agences entièrement en ligne. Ces restrictions apparaissent inadaptées aux évolutions récentes du secteur et portent une atteinte disproportionnée à la concurrence, en empêchant le développement du commerce en ligne.
214. L'Autorité a déjà relevé, dans son avis n° 2022-A-04, que les billets d'avion vendus en ligne sont pour l'instant vendus uniquement sur les sites Internet des transporteurs, ou par des agences en ligne extérieures¹⁰⁵.

Recommandation n° 4 : l'Autorité recommande de supprimer les exigences de disposer d'installations matérielles adaptées afin d'exercer la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

¹⁰⁵ Avis de l'Autorité n° 2022-A-04 précité, §454 et suivants.

F. Sur la saisine obligatoire du comité d'agrément des agences de voyages et de tourisme

215. Selon l'article 3 de la Délibération, le demandeur adresse sa demande de licence d'agent de voyages ou de tourisme à la DAE. La licence est ensuite délivrée par arrêté du gouvernement, après avis consultatif obligatoire du « comité d'agrément des agences de voyages et des agences de tourisme ».
216. D'après l'article 4 de la Délibération, « *ce comité se compose des membres suivants :*
- *le président du gouvernement ou son représentant, (...)*
 - *le président de l'assemblée de province dans laquelle l'agence a son siège ou son représentant,*
 - *le président de la chambre de commerce et d'industrie de Nouvelle-Calédonie ou son représentant,*
 - *le président du GIE Nouvelle-Calédonie Tourisme ou son représentant,*
 - *le président du syndicat des agences de tourisme ou son représentant,*
 - *le président de la fédération des industries touristiques de Nouvelle-Calédonie ou son représentant,*
 - *le président du syndicat des agences de voyages de Nouvelle-Calédonie ou son représentant,*
 - *le président de l'association des représentants de compagnies aériennes de Nouvelle-Calédonie ou son représentant,*
 - *un représentant de l'association française des banques. »*
217. Ce comité rend un avis consultatif sur la demande de licence, à la majorité des voix des membres présents, chaque membre disposant d'une voix.
218. Toutefois, l'existence de cette procédure est également constitutive d'une barrière à l'entrée importante pour exercer la profession d'agent de tourisme ou de voyages, quand bien même l'avis rendu par ledit comité est consultatif. En pratique, le gouvernement est généralement plus enclin à suivre un avis négatif et à refuser une licence qu'à l'octroyer en dépit de l'opposition de cet organe. Ce dernier, représentant les professionnels du secteur touristique, est en effet perçu comme le plus à même d'exprimer les besoins de ce secteur.
219. Le comité est ainsi composé de deux représentants des agents de tourisme et de voyages, à savoir les futurs concurrents du demandeur, à même de se prononcer sur la réunion des conditions d'accès à la profession par le demandeur de licence. Cette présence au sein du comité leur confère une influence directe sur l'accès de nouveaux concurrents au marché. Or, au vu du nombre de conditions à réunir pour pouvoir obtenir une licence et des marges d'appréciation laissées par la réglementation en vigueur, les membres de ce comité ont la capacité d'exercer un pouvoir de blocage sur l'octroi d'une licence demandée par un nouvel entrant.
220. Ce pouvoir de blocage s'illustre également dans la procédure d'attribution de la licence, dans la mesure où la présence effective d'au moins cinq membres du comité est nécessaire pour la validité de l'avis, et que le comité compte au maximum 9 membres, étant pour plus de la moitié des professionnels du secteur¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Un représentant du syndicat des agences de tourisme, un représentant du syndicat des agences de voyage, un représentant de la fédération des industries touristiques, un représentant de l'association des représentants des compagnies aériennes et un représentant de l'association française des banques.

221. Cette procédure constitue une barrière à l'entrée et une restriction injustifiée à l'accès à la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

Recommandation n° 5 : l'Autorité recommande de supprimer la procédure relative à l'avis consultatif obligatoire du comité d'agrément des agences de voyages et des agences de tourisme pour accéder à la profession d'agent de tourisme ou de voyages.

G. Sur le régime d'autorisation applicable aux agents de voyages et de tourisme

222. Selon l'article 5 de la Délibération, le service instructeur de la DAE instruit la demande de licence, une fois réception du dossier de demande réputé complet, puis le gouvernement prend un arrêté accordant la licence d'agent de voyages ou de tourisme. Cette licence mentionne notamment le numéro de licence, le nom du titulaire, l'adresse du siège de l'entreprise, sa dénomination et raison sociale, ainsi que le nom et adresse du garant de l'agence et de l'entreprise d'assurances auprès de laquelle a été souscrit le contrat d'assurance de responsabilité civile.
223. La procédure d'octroi de licence, en tant que telle assimilable à un régime d'autorisation, constitue un obstacle à l'accès à la profession d'agent de tourisme ou de voyages et pourrait utilement être remplacée par un régime de déclaration, moins attentatoire à la concurrence.
224. A titre comparatif, en Métropole, le régime d'autorisation applicable aux agents de voyages et de tourisme a été supprimé en 2009 et remplacé par un régime de déclaration¹⁰⁷. Les agents doivent désormais simplement s'immatriculer sur un registre public et justifier des garanties financières et d'assurance de responsabilité civile professionnelle précisées *supra*.
225. Ce régime pourrait être répliqué en Nouvelle-Calédonie, dans la mesure où il permet de s'assurer du respect des conditions essentielles d'accès à la profession, sans créer de barrières disproportionnées à l'entrée.

Recommandation n° 6 : l'Autorité recommande de substituer au régime d'autorisation de l'exercice de la profession d'agent de tourisme ou de voyages par l'octroi d'une licence par arrêté du gouvernement, un régime de déclaration avec enregistrement de la déclaration dans un registre d'immatriculation, permettant à l'administration de vérifier le respect des exigences essentielles.

H. Sur la protection des consommateurs vis-à-vis des offres de forfaits touristiques

226. Depuis l'adoption de la Délibération, le cadre réglementaire applicable aux agences de voyages et de tourisme en Nouvelle-Calédonie n'a pas évolué. Les évolutions législatives métropolitaines, prévoyant des dispositions protectrices des consommateurs de services touristiques, n'ont donc pas été intégrées.
227. Ces dispositions particulières s'appliquent en effet aux consommateurs de forfaits touristiques et de « *services touristiques portant sur le transport* [(la réservation et la vente de titres de transport aérien ou d'autres titres de transport sur ligne régulière n'étant concernés que dans le cadre d'un forfait touristique)], *le logement, la location d'un véhicule ou d'autres services de voyage* » non produits par l'agent de tourisme ou de voyages lui-même¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Voir la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques ainsi que l'article L. 211-21 du Code du tourisme métropolitain.

¹⁰⁸ Article L.211-3 du Code du tourisme métropolitain.

228. Ces dispositions imposent par exemple un devoir d'information précontractuelle particulier pour l'agent de tourisme du fait de la spécificité de sa prestation, ou prévoient des règles particulières en matière de majoration ou de révision des prix, ou de modification unilatérale des clauses du contrat de vente de voyages ou de séjours.
229. L'Autorité a déjà eu l'occasion de recommander au gouvernement de renforcer la protection des consommateurs, notamment contre les pratiques commerciales déloyales des distributeurs, en étendant le champ des pratiques commerciales déloyales en s'inspirant du droit de la consommation métropolitain et européen, et de réviser à la hausse le montant maximal des sanctions encourues¹⁰⁹.
230. La réforme des conditions d'exercice de la profession d'agent de tourisme ou de voyages pourrait également être l'occasion de s'assurer que les dispositions relatives à la caution bancaire et à la nécessité de disposer d'une assurance civile professionnelle sont suffisantes pour protéger efficacement le consommateur de services d'une agence de voyages ou de tourisme.
231. Cette mise à jour serait d'autant plus nécessaire que les voyageurs et consommateurs de forfaits touristiques peuvent ne pas être en mesure de juger par eux-mêmes de la qualité des services proposés en raison de la technicité des prestations concernées, ou bien de leur dépendance au professionnel dans l'organisation de leur voyage ou de leur séjour. Dans ce cas, des dispositions particulières peuvent permettre d'assurer leur sécurité publique, juridique ou financière, comme l'existence d'une obligation d'information précontractuelle étendue et spécifique, à la charge de l'agence de tourisme ou de voyages.
232. Ces évolutions sont en outre demandées par les professionnels du secteur, qui souhaitent être associés à la réforme du cadre réglementaire. La présidente du syndicat des agences de voyages a par exemple déclaré : « *Nous souhaiterions participer à l'évolution de la réglementation et y être associé. Nous sommes partants et volontaires pour participer aux travaux. Nos axes d'amélioration seraient les suivants :*
- *Information accrue des consommateurs au moment de l'achat [...] ;*
 - *Absence d'application de la réglementation européenne et métropolitaine en matière de droit de la consommation ;*
 - *Information des consommateurs sur leur responsabilité lorsqu'ils achètent sur Internet »¹¹⁰.*
233. L'Autorité réitère également sa recommandation, formulée dans son avis n° 2022-A-04, de préciser si les agences de tourisme et de voyages sont soumises aux obligations du vendeur de titres de transport, notamment pour les ventes de vols « secs », et d'informer le consommateur de cette situation et de ses implications en cas de défaillance du transporteur¹¹¹. Si l'agent de tourisme ou de voyages agit comme un mandataire, il n'est pas partie au contrat de transport et n'est donc pas responsable de la défaillance du transporteur. Or, la Délibération évoque le « vendeur », élargissant sensiblement la portée de ses engagements vis-à-vis du consommateur.

Recommandation n° 7 : l'Autorité recommande de préciser le niveau de protection offert par la réglementation aux consommateurs de services d'agences de tourisme ou de voyages et de clarifier les responsabilités endossées par ces dernières vis-à-vis des consommateurs en cas de défaillance d'un transporteur pour la vente de vols « secs ».

¹⁰⁹ Une liste de 31 pratiques commerciales déloyales trompeuses *per se* a été établie au niveau européen et transposée en droit français, voir l'avis de l'Autorité n° 2020-A-07 du 28 décembre 2020 relatif au mécanisme de formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, §594 et suivants.

¹¹⁰ Voir le procès-verbal d'audition du syndicat des agences de voyage en date du 14 février 2023 (Annexe 18, Cote 186).

¹¹¹ Avis de l'Autorité n° 2022-A-04 précité, §454 et suivants.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Sophie Charlot, rapporteure générale, M. Enguerrand Simminger, rapporteur, par M. Stéphane Retterer, président, M. Walid Chaiehloudj, vice-président, Mme Johanne Peyre et M. Jérémy Bernard, membres de l'Autorité.

La secrétaire de séance



Marie-Bernard Munikihafata

Le président



Stéphane Retterer