

**Avis n° 2026-A-05 du 9 octobre 2026
relatif à l'avant-projet de loi du pays portant modification du livre IV du Code de
commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Autorité de la concurrence de la
Nouvelle-Calédonie)**

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

Vu la saisine du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en date du 24 juin 2026, enregistrée le même jour sous le numéro 26-0032A, sollicitant l'avis de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après l'« Autorité »), sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après le « Code de commerce » ou le « Code »), sur l'avant-projet de loi du pays portant modification du livre IV du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie) ;

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. 462-2 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 21 août 2026 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, les rapporteurs, le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 3 septembre 2026 ;

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

Résumé

L'Autorité a été saisie le 24 juin 2026 par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour avis sur l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du livre IV du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

L'avant-projet de loi du pays poursuit principalement deux objectifs : d'une part, clarifier l'organisation de l'Autorité afin de renforcer l'efficacité de son action et, d'autre part, modifier concomitamment le champ de ses compétences relativement à l'application de certaines pratiques relevant des dispositions du titre IV du livre IV en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence.

En premier lieu, l'Autorité a examiné les clarifications et modifications relatives à l'organisation de l'institution, auxquelles elle est favorable. L'avant-projet de loi du pays constitue à cet égard une opportunité majeure, en particulier dans une petite économie insulaire contrainte par son budget et ses ressources, de faire évoluer son modèle institutionnel – à l'exclusion de sa mission répressive – vers un modèle plus intégré, plus agile, proche d'autres modèles d'autorités dans le monde, afin de rendre plus efficace la régulation concurrentielle et plus robuste l'institution dans son organisation et son fonctionnement.

En effet, l'application des principes d'impartialité, du contradictoire et des droits de la défense impose une séparation fonctionnelle entre la formation de poursuite, d'une part, et la formation de sanction, d'autre part. En revanche, les missions de régulation des autorités, lesquelles ne relèvent pas du pouvoir répressif, ne sont pas soumises à cette exigence. Ainsi, l'exercice des pouvoirs consultatifs (en matière d'avis) ou préventifs (liées au contrôle initial des concentrations et de commerce de détail) de l'Autorité ne relèvent pas de l'exigence constitutionnelle spécifique de séparation fonctionnelle entre l'instruction et la décision de sanction.

La séparation fonctionnelle ne constitue donc pas un principe général d'organisation, mais une garantie particulière de l'exercice de sa fonction répressive, qui ne s'étend pas au pouvoir de régulation et qui permet de préserver l'efficacité de la régulation concurrentielle.

Dans l'exercice de ces deux fonctions consultatives et préventives, l'avant-projet de loi du pays clarifie que les agents de l'Autorité sont placés sous l'autorité du président. Il clarifie également l'organisation de l'Autorité en cas de vacance du président ou du rapporteur général, ainsi que les conditions dans lesquelles le président ou le vice-président peut statuer seul.

L'avant-projet de loi du pays modifie par ailleurs plusieurs règles relatives au fonctionnement de l'Autorité, dans le sens d'une clarification, d'une simplification, ou d'un renforcement de la continuité de l'Autorité. Il précise à cet égard les pouvoirs liés à la gouvernance de l'Autorité en matière de fonctionnement, d'organisation, et d'administration, au regard notamment des attributions et prérogatives réglementaires existantes. A ce titre, il prévoit que le président et le Collège sont chargés de définir les orientations et les priorités générales de l'Autorité. Il précise également la compétence du président pour signer les actes, décisions et conventions relatifs à l'Autorité pour la représenter dans les actes de la vie civile et en justice, ainsi que les modalités de recrutement et de nomination des agents de l'Autorité. Le texte modifie enfin les conditions de nomination du rapporteur général et du rapporteur général adjoint.

En deuxième lieu, l'avant-projet de loi du pays modifie la répartition des compétences de contrôle et de sanctions actuellement exercées par l'Autorité relatives à certaines pratiques relevant des dispositions du titre IV du livre IV en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, au bénéfice du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (DECAT).

L'Autorité conserverait la sanction et le contrôle des manquements relatifs aux conditions générales de vente, aux remises sans contreparties ou engagements, aux conventions uniques, aux accords de

coopération commerciale, aux contrats portant sur des produits vendus sous marque de distributeur, et au refus de vente. Le gouvernement deviendrait compétent pour contrôler et sanctionner les manquements liés à la publicité comportant une réduction de prix sur les produits alimentaires périssables, à la facturation, aux délais de paiement, à l'utilisation irrégulière à des fins commerciales du domaine public ou privé de la Nouvelle-Calédonie, à la revente à perte, et au prix minimal imposé.

L'Autorité est favorable au transfert au gouvernement des pratiques les plus proches des missions de protection des consommateurs ou de contrôle économique de la DECAT. Elle recommande toutefois de conserver le contrôle de la facturation, des délais de paiement et des prix minimaux imposés. Ces pratiques sont étroitement liées à celles qui demeureraient placées sous son contrôle, sont généralement constatées à partir des mêmes documents contractuels et comptables et peuvent révéler des pratiques anticoncurrentielles.

L'avant-projet de loi du pays créerait également un nouvel outil dont l'Autorité serait en charge au titre de l'article Lp. 441-7 du Code de commerce, lui permettant de contrôler l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie, et ainsi d'intervenir plus efficacement dans l'ensemble des secteurs de l'économie. L'Autorité accueille favorablement cette possibilité et recommande que cette compétence soit articulée avec les procédures administratives susceptibles d'être parallèlement mise en œuvre par le gouvernement, notamment au titre de Lp. 442-6 du Code de commerce.

Le présent avis constitue également une opportunité de procéder à harmonisation des plafonds des amendes administratives applicables en matière de transparence et de pratiques restrictives pour assurer la cohérence des sanctions au regard des pratiques incriminées.

Enfin, l'introduction d'un mécanisme de coopération réciproque entre l'Autorité et la DECAT se révèle essentiel, au regard de la modification de la répartition de leurs compétences de contrôle et de sanctions relatives à l'application de certaines pratiques relevant des dispositions du titre IV du livre IV en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, et pour lequel l'Autorité recommande l'intégration par l'avant-projet de loi du pays.

En troisième lieu, l'avant-projet de loi du pays prévoit de supprimer l'obligation de motivation pour les décisions autorisant une opération de concentration sans engagement et de la maintenir lorsque l'autorisation est subordonnée à la réalisation effective d'engagements pris par les parties. Cette modification, qui doit être étendue au contrôle des équipements commerciaux, permet de simplifier et d'accélérer la procédure en permettant à l'Autorité de ne plus motiver les décisions d'autorisation simples qui ne soulèvent pas de difficulté, tout en maintenant cette obligation pour les décisions d'autorisation plus complexes comportant des engagements.

En dernier lieu, l'avant-projet de loi du pays apporte diverses modifications aux procédures mises en œuvre par l'Autorité. Elles concernent notamment le traitement des saisines, en permettant à l'Autorité de rejeter une saisine pour défaut de priorité. L'Autorité accueille favorablement cette évolution qu'elle avait appelé de ses vœux, en recommandant de ne pas limitativement énumérer les situations lui permettant de recourir à cette disposition.

L'avant-projet de loi du pays permet aussi à l'Autorité de se saisir d'office aux fins de prononcé de mesures conservatoires, sans attendre la présentation d'une demande par une entreprise ou un autre organisme habilité.

Au-delà des garanties et règles de procédures contentieuses prévues, l'avant-projet de loi du pays élargit le champ des autorités en matière de concurrence avec lesquelles l'Autorité peut coopérer, notamment l'Autorité polynésienne de la concurrence.

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

Table des matières

Introduction.....	6
I. Sur les modifications relatives à l'organisation de l'Autorité	7
A. Portée de l'exigence de séparation fonctionnelle	7
1. Applicabilité de l'exigence de séparation fonctionnelle aux procédures susceptibles d'aboutir à une sanction.....	8
2. Absence d'extension de l'exigence de séparation fonctionnelle aux pouvoirs de régulation relevant de la matière consultative et préventive	9
3. Conséquences organisationnelles pour l'Autorité.....	10
B. Modifications relatives au fonctionnement de l'Autorité	12
1. Clarification du fonctionnement de l'Autorité en cas d'absence du président.....	12
2. Simplification des conditions dans lesquelles le président ou le vice-président peut statuer seul	13
3. Clarification des pouvoirs liées à la gouvernance de l'Autorité.....	14
4. Modifications relatives à la nomination du rapporteur général et rapporteur général adjoint	17
II. Sur les modifications relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence	19
A. Modifications des compétences de l'Autorité relatives à certaines pratiques en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence	20
1. Modification du champ des compétences proposée par l'avant-projet.....	20
2. Objectifs poursuivis par l'avant-projet de loi du pays	21
3. Conséquences du transfert de compétences au regard du bilan de l'Autorité en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence.....	22
B. Possibilité pour l'Autorité de sanctionner l'octroi d'un avantage sans contrepartie	25
1. Possibilité de sanctionner l'avantage sans contrepartie par l'Autorité.....	25
2. Articulation avec l'article Lp. 442-6 du Code de commerce	26
3. Articulation de l'avant-projet de loi du pays avec les plafonds de sanction et d'autres dispositions diverses	27
C. Coopération entre l'Autorité et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ...	30
III. Sur les modifications relatives au contrôle des structures de marché ..	31
IV. Autres modifications procédurales	33
A. Le traitement des saisines et l'exercice des pouvoirs de l'Autorité.....	33
1. Le rejet des saisines pour défaut de priorité	33

2.	L'autosaisine aux fins de prononcé de mesures conservatoires	34
3.	La clarification de la procédure de non-lieu	34
B.	Les garanties applicables à la procédure contentieuse	34
1.	La consécration de la liberté de la preuve	34
2.	L'information relative au droit de se taire	34
3.	La protection de l'identité des personnes et l'anonymisation des pièces	35
C.	La coopération de l'Autorité avec les autres autorités administratives indépendantes	35
D.	Les suites données aux procédures et aux décisions	36
1.	La clarification du pouvoir de transiger de l'Autorité	36
2.	L'extension de la publication des décisions de l'Autorité	36

Introduction

1. Par courrier en date du 24 juin 2026, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi l'Autorité pour avis sur l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie) (ci-après « l'avant-projet de loi du pays »).
2. Cette saisine est fondée sur l'article Lp. 462-2 du Code de commerce, lequel prévoit que l'Autorité est obligatoirement consultée par le gouvernement « *sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d'arrêté relatifs à toute modification des titres II, III, IV, V, VI et VII du livre IV de la partie législative et réglementaire du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie* ».
3. Cette saisine intervient après la consultation du Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « CESE-NC ») lequel a rendu son avis réservé le 24 juillet 2026¹.
4. L'avant-projet de loi du pays comporte six chapitres et vingt-neuf articles modifiant les titres III, IV, V, VI et VII du livre IV du Code de commerce. Au regard de l'exposé des motifs et de la fiche d'impact, il poursuit principalement deux objectifs : d'une part, clarifier l'organisation de l'Autorité afin de renforcer l'efficacité de son action et, d'autre part, transférer le contrôle de certaines pratiques commerciales dont l'Autorité a actuellement la charge au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, dont les services compétents relèvent de la Direction de l'entreprise, de la consommation, de l'attractivité et des télécommunications (ci-après « DECAT »).
5. Les modifications relatives au fonctionnement de l'Autorité visent en substance, selon la DECAT, à faire évoluer l'organisation de l'Autorité - à l'exclusion de l'exercice de sa mission répressive - vers un modèle plus intégré et recentrer son action. L'avant-projet de loi du pays procède ainsi à la fois à une clarification de son fonctionnement dans le but de renforcer l'efficacité de la régulation concurrentielle, et concomitamment, à la modification du champ de ses compétences relativement à certaines pratiques relevant des dispositions du titre IV du livre IV en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence.
6. Le texte comporte enfin plusieurs modifications procédurales. Celles-ci concernent notamment l'obligation de motivation des décisions rendues en matière de concentrations, la possibilité de rejeter certaines saisines pour défaut de priorité, l'information des parties mises en cause sur leur droit de se taire, l'anonymisation de certaines pièces, l'autosaisine de l'Autorité aux fins de prononcé des mesures conservatoires, la procédure de non-lieu, la publication des décisions et le pouvoir de transaction de l'Autorité.
7. Le présent avis a pour objet d'analyser les modifications législatives envisagées et de formuler des recommandations sur les dispositions qui, selon l'Autorité, nécessitent d'être amendées ou clarifiées.
8. L'Autorité examinera tout d'abord les clarifications et modifications relatives à l'organisation de l'institution, auxquelles elle est favorable sous réserve de certaines recommandations et du contrôle opéré par le Conseil d'Etat (I). Elle procédera ensuite à l'examen de la modification du champ de compétence de l'Autorité en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence au regard de son bilan (II), des modifications relatives à l'obligation de motivation

¹ Avis du CESE-NC n° 22/2026 du 24 juillet 2026 concernant l'avant-projet de loi du pays portant modification du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie).

des décisions rendues en matière de contrôle des structures de marché (III), et, enfin, des dispositions diverses et autres règles de procédure applicables devant elle (IV).

I. Sur les modifications relatives à l'organisation de l'Autorité

9. Les articles 11 à 15 de l'avant-projet de loi du pays modifient plusieurs articles du Code de commerce relatifs à l'organisation de l'Autorité. Ils procèdent à la fois de clarifications relatives au fonctionnement de l'institution, de mesures de simplification, et de modifications nouvelles, dont les modalités de nomination du rapporteur général et rapporteurs généraux adjoints.
10. Les clarifications relatives au fonctionnement de l'Autorité visent à faire évoluer l'institution, selon la DECAT, vers un « *modèle plus intégré* » pour l'exercice de toutes les missions de régulation de l'institution qui ne sont pas susceptibles de sanction et qui ne sont pas soumises, en tant que telles, au principe de séparation entre les pouvoirs de poursuite du service d'instruction, et de sanction du Collège.
11. L'exercice de la compétence répressive de l'Autorité et la mise en œuvre des pouvoirs d'enquêtes relatifs aux procédures susceptibles de donner lieu à une sanction, continuent de relever pour leur part de la seule compétence du service d'instruction, conformément aux principes applicables en matière d'impartialité et de respect des droits de la défense pour les entreprises mises en cause devant l'Autorité.
12. Dans ce contexte, l'avant-projet de loi du pays constitue une opportunité majeure, en particulier dans une petite économie insulaire contrainte par son budget et ses ressources, de faire évoluer son schéma institutionnel vers un modèle plus agile, proche d'autres modèles d'autorités dans le monde, afin de rendre plus efficace la régulation concurrentielle et plus robuste l'institution dans son organisation et son fonctionnement.
13. Le présent avis, après avoir rappelé que la portée du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein d'une autorité administrative indépendante est circonscrite aux procédures susceptibles d'aboutir au prononcé d'une sanction, examinera les clarifications organisationnelles apportés par l'avant-projet de loi du pays, que l'Autorité accueille favorablement sous réserve de certaines recommandations (A), de même que les autres modifications relatives au fonctionnement de l'institution (B).

A. Portée de l'exigence de séparation fonctionnelle

14. La jurisprudence constitutionnelle et administrative détermine la portée du principe de séparation fonctionnelle au sein des autorités administratives indépendantes. Si cette exigence est rattachée à l'exercice de leurs pouvoirs de sanction, et lui est indissociable, elle ne s'étend pas, en tant que telle, à leurs pouvoirs de régulation.
15. L'application des principes d'impartialité, du contradictoire et des droits de la défense impose en effet une séparation fonctionnelle entre la formation de poursuite, d'une part, et la formation de sanction, d'autre part (1). En revanche, les missions de régulation des autorités qui ne relèvent pas du pouvoir répressif ne sont pas soumises à cette exigence (2). L'avant-projet de loi du pays clarifie l'organisation de l'Autorité au regard de cette distinction, en matière consultative et préventive (3).

1. Applicabilité de l'exigence de séparation fonctionnelle aux procédures susceptibles d'aboutir à une sanction

16. La juridiction constitutionnelle reconnaît qu'il est de « *la logique même des [autorités administratives indépendantes] de se voir confier à la fois un pouvoir de régulation et un pouvoir de sanction* »².
17. A cet égard, et bien qu'une autorité administrative indépendante ne constitue pas une juridiction, l'exercice de pouvoirs de sanction a conduit les hautes juridictions à leur étendre le champ d'application de certaines exigences constitutionnelles procédurales traditionnellement réservées aux juridictions.
18. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé dans sa décision du 12 octobre 2012 qu'une autorité administrative indépendante peut se voir confier un pouvoir de sanction ayant le caractère d'une punition, à condition qu'il soit assorti de garanties destinées à assurer le respect du principe de légalité des délits et des peines, des droits de la défense ainsi que des principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³. Développant une ancienne jurisprudence⁴, dans son arrêt du 21 décembre 2012, le Conseil d'État a également jugé que le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, même exercé par une autorité non juridictionnelle, doit être aménagé de telle façon à ce que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision⁵.
19. L'application de ces garanties à l'exercice du pouvoir de sanction implique une séparation fonctionnelle entre les fonctions de poursuite et d'instruction et celle de sanction⁶. Ainsi, lorsqu'une autorité administrative indépendante exerce un pouvoir de sanction, la pratique décisionnelle a confirmé que cette séparation constitue une condition essentielle du respect des droits de la défense des entreprises ainsi que des principes d'indépendance et d'impartialité⁷. Cette séparation vise à garantir que l'organe appelé à statuer sur la sanction n'ait pas préalablement exercé les fonctions de poursuite ou d'instruction relatives au même manquement.
20. Les hautes juridictions ont ainsi validé, pour l'Autorité de la concurrence métropolitaine, un schéma de séparation fonctionnelle pour les procédures susceptibles d'aboutir au prononcé de sanctions, compte tenu notamment des pouvoirs respectifs des services d'instruction et du Collège⁸. Le Conseil constitutionnel a ainsi confirmé que l'organisation de l'Autorité de la concurrence métropolitaine satisfaisait aux exigences d'indépendance et d'impartialité en ce qu'elles sont « *indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante* »⁹.
21. Il résulte de la jurisprudence constitutionnelle et administrative que l'exigence de séparation fonctionnelle au sein d'une autorité administrative indépendante est rattachée à l'exercice de ses pouvoirs de sanction et ne s'étend pas, en tant que telle, à l'ensemble de ses missions de régulation. Le droit constitutionnel préserve ainsi la spécificité des procédures de régulation concurrentielle en prenant en compte les besoins de célérité et de souplesse, et en n'uniformisant

² Commentaire de la décision du Cons. const., 12 octobre 2012, « Canal plus » n° 2012-280 QPC.

³ Cons. const., 12 octobre 2012, « Canal plus » précitée ; voir également Cons. const., n° 88-248, 17 janvier 1989, §35.

⁴ CE, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gavrier*, n° 69751.

⁵ CE, Assemblée, 21 décembre 2012, n° 353856, §9, voir également, CE, 21 avril 2023, « Société Orange », n° 464349.

⁶ Cons. const., 2 décembre 2011, n° 2011-200 QPC.

⁷ Cons. const., n° 2019-798 QPC, 26 juillet 2019.

⁸ Voir rapport annuel de l'Autorité de la concurrence métropolitaine de 2, page 3.

⁹ Cons. const., 12 octobre 2012, « Canal plus », précitée.

pas, sur le modèle des juridictions, les exigences procédurales applicables aux autorités de régulation.

2. Absence d'extension de l'exigence de séparation fonctionnelle aux pouvoirs de régulation relevant de la matière consultative et préventive

22. L'exercice des pouvoirs consultatifs (en matière d'avis) ou préventifs (liées au contrôle initial des concentrations et de commerce de détail) ne relèvent pas, du seul fait de leur exercice par une autorité de concurrence, de l'exigence constitutionnelle spécifique de séparation fonctionnelle entre l'instruction et la décision de sanction.
23. En ce sens, la doctrine relève que « [p]uisque les exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité sont "indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante", ses autres pouvoirs ne se voient pas appliquer ces exigences. C'est le cas notamment du pouvoir de "régulation" qui se distingue du pouvoir de sanction : seul le premier se voit strictement appliquer les exigences de l'article 16 de la DDHC. Le pouvoir de régulation s'attache en effet à garantir le respect des règles de concurrence sans être répressif. Il répond d'une logique d'efficacité, de souplesse et de persuasion. Ne pas lui appliquer certaines exigences procédurales — ou avec un degré moindre — permet de préserver l'efficacité de la régulation concurrentielle »¹⁰.
24. Dans sa décision du 21 avril 2023, le Conseil d'Etat indique en ce sens que si le principe d'impartialité applicable à une autorité administrative indépendante dotée d'un pouvoir de sanction commande la séparation entre, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de sanction de ces mêmes manquements, cette exigence ne peut être opposée à une formation « qui n'est pas appelée à décider d'une éventuelle sanction »¹¹. Il en résulte que l'exigence de séparation fonctionnelle ainsi consacrée s'attache à l'exercice du pouvoir de sanction et n'impose pas, par elle-même, un cloisonnement général entre les différentes fonctions exercées par une autorité de régulation.
25. Il ressort de cette décision que la séparation fonctionnelle ne constitue donc pas un principe général d'organisation, mais une garantie spécifique de l'exercice de sa fonction répressive.

¹⁰ Méliandre Talon, « Le droit constitutionnel de la concurrence », 9 décembre 2024, Thèse, Université de Montpellier ; voir par ailleurs, pour illustrer l'absence de méconnaissance du principe d'impartialité s'agissant de la procédure d'engagement : Cass. com., 4 novembre 2008, *Société Canal9 contre GIE Les Indépendants*, n° 07-21.275, dans lequel la Cour indique que l'évaluation préliminaire du rapporteur dans une procédure d'engagement n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais d'identifier des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer une pratique prohibée. Dès lors, il ne s'agit pas d'un acte d'accusation au sens de l'article 6§1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme ; voir également Cass. com., 12 mai 2015, « Sociétés Cogent », n° 14-10.792 ; CA Paris, 19 décembre 2013, « Société Cogent Communications France e. a. », n° 2012/19484, p. 14 : « Considérant que [...] la procédure d'engagements constitue pour l'Autorité, dans le cadre de sa mission de défense de l'ordre public économique, un moyen de régulation destiné, non à satisfaire la demande d'une partie plaignante, mais à mettre fin à des situations suscitant des préoccupations concurrentielles ».

¹¹ CE, 21 avril 2023, « Société Orange », n°464349, considérant 19 : « si le principe d'impartialité des juridictions, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que rappelle le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qui est applicable à l'ARCEP, autorité administrative indépendante dotée d'un pouvoir de sanction, conduit à la séparation en son sein entre, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de sanction de ces mêmes manquements, ce principe ne peut être opposé à la formation RDPI de l'Autorité, qui n'est pas appelée à décider d'une éventuelle sanction. Il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité des juridictions ne peut qu'être écarté comme inopérant » (soulignement ajouté).

26. Il en résulte, s'agissant d'une autorité de concurrence, que l'exigence de séparation fonctionnelle entre les fonctions de poursuite et de sanction ne trouve pas, en tant que telle, à s'appliquer à l'exercice de compétences qui ne revêtent pas un caractère répressif, sans préjudice du respect de certains principes constitutionnels qui leur sont par ailleurs applicables.
27. Tel est notamment le cas de ses attributions consultatives, qui ont pour objet d'éclairer les pouvoirs publics, et non de constater ou sanctionner un manquement.
28. Il en va également du contrôle administratif des opérations de concentration ou des opérations liées au commerce de détail, lequel poursuit une finalité préventive, et non l'exercice d'un pouvoir de sanction. La circonstance qu'une autorité de concurrence puisse assortir une autorisation de concentration de conditions ou d'obligations, dont la méconnaissance est susceptible de donner ultérieurement lieu à sanction, n'est pas, par elle-même, de nature à conférer à la décision d'autorisation un caractère répressif¹².
29. Il résulte de ce qui précède que le principe de séparation entre les fonctions d'instruction et de sanction n'a pas vocation à s'appliquer, ni à la mission consultative de l'Autorité lorsqu'elle rend un avis en application des articles Lp. 462-1 et suivants du Code de commerce, ni à sa mission préventive relative au contrôle initial des opérations de concentration et de commerce de détail relevant d'une décision administrative, aux termes des articles Lp. 431-1 à Lp. 431-7, et Lp. 432-1 à Lp. 432-4.

3. Conséquences organisationnelles pour l'Autorité

30. Les articles 14 et 15 de l'avant-projet de loi du pays déclinent l'application de ces règles en clarifiant deux conséquences organisationnelles importantes pour l'Autorité.
31. Tout d'abord, l'article 14, deuxième alinéa du I, dispose que le service d'instruction, dirigé par un rapporteur général, est seul compétent pour procéder aux investigations susceptibles d'aboutir à une sanction conformément au principe de séparation fonctionnelle entre les pouvoirs d'instruction, d'une part, et de sanction d'autre part. Il précise en ce sens que : « *le service d'instruction procède aux investigations nécessaires à l'application du titre II du livre IV du code de commerce ainsi que des articles Lp. 431-8, Lp. 432-5, Lp 441-2-1, Lp 441-6 à Lp 442-1 et Lp. 464-1 à Lp. 464-6-2* ». Cet article spécifie également que les agents du service d'instruction « *sont placés sous la seule autorité du rapporteur général pour la mise en œuvre des investigations mentionnées au deuxième alinéa du I* ».
32. Cette rédaction place sans ambiguïté sous la seule autorité du rapporteur général la conduite des investigations relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux pratiques restrictives demeurant dans le champ de compétence de l'Autorité, ainsi que les procédures répressives prévues en matière de concentration et de commerce de détail.
33. Ensuite, l'article 15 prévoit qu'après l'article Lp. 461-4, est inséré dans le Code de commerce un article ainsi rédigé : « *Art. Lp. 461-4-1 : En dehors des investigations énumérées au I de l'article Lp.461-4, les agents de l'autorité de la concurrence exercent leurs missions, nonobstant leur service d'affectation, dans le respect des orientations et priorités définies par le président de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Ils sont placés sous son autorité pour la mise en œuvre de ces missions* ».

¹² Voir le commentaire de la décision du Cons. const., 12 octobre 2012, « Canal plus », précitée : « *La décision par laquelle l'Autorité de la concurrence autorise une opération de concentration n'est pas de même nature que celle par laquelle elle prononce des sanctions en raison de l'absence de respect de certaines obligations figurant dans sa décision autorisant la concentration* ». Le Conseil constitutionnel n'a pas imposé ou déduit de sa décision que l'exercice, en amont, du pouvoir de contrôle des concentrations devait lui-même faire l'objet de la même séparation fonctionnelle.

34. L'article 15 prévoit ainsi qu'en dehors des investigations susceptibles d'aboutir à une sanction, les agents de l'Autorité exercent leurs missions, indépendamment de leur service d'affectation, dans le respect des orientations et des priorités définies par le président et sous son autorité.
35. Tel serait notamment le cas des missions consultatives de l'Autorité, qu'elles portent sur toute question de concurrence en application de l'article Lp. 464-2 ou qu'elles résultent des consultations obligatoires prévues par le Code de commerce, notamment en matière de création ou de renouvellement de mesures de régulation de marché. Il en irait également de l'instruction au fond des opérations de concentration et de commerce de détail relevant du titre III, seules les investigations relatives aux manquements visés aux articles Lp. 431-8 et Lp. 432-5 demeurant placées sous l'autorité du rapporteur général.
36. Dans l'exercice de ces deux fonctions consultatives et préventives, l'avant-projet de loi du pays apporte la clarification suivante : les agents de l'Autorité sont placés sous l'autorité du président. Selon leur service d'affectation, cette disposition implique que, dans ces domaines, les agents sont placés sous l'autorité du président, soit au titre de son autorité hiérarchique (s'ils relèvent directement des services administratifs ou cabinet de la présidence), soit au titre son autorité fonctionnelle (s'ils sont rattachés hiérarchiquement au service d'instruction). Cette disposition signifie ainsi que les agents du service d'instruction, tout en restant placés sous l'autorité hiérarchique du rapporteur général, relèvent de l'autorité fonctionnelle du président pour l'exercice de ces missions.
37. L'autorité fonctionnelle renvoie à cet égard notamment au pouvoir de définir et prescrire des orientations dans un domaine précis de compétence, même sans l'existence d'un lien hiérarchique.
38. Cette autorité est confiée par l'article 15 au président de l'Autorité en raison des prérogatives et des responsabilités attachées à sa fonction en matière consultative et préventive, dans la stricte limite fixée par les textes, c'est-à-dire :
- dans la limite des pouvoirs qui seraient délégués au vice-président ;
 - dans la limite des affaires relevant de la formation collégiale pour leur décision et dans le cadre desquelles les orientations seraient définies par le Collège, comme c'est le cas en matière consultative ;
 - à l'exclusion des investigations mises en œuvre dans le cadre répressif et nécessaires à l'application du titre II du livre IV du Code de commerce ainsi que des articles Lp. 431-8, Lp. 432-5, Lp 441-2-1, Lp 441-6 à Lp 442-1 et Lp. 464-1 à Lp. 464-6-2, lesquelles relèvent de la seule autorité du rapporteur général.
39. Les agents affectés au service d'instruction relèvent ainsi de l'autorité fonctionnelle du président pour toutes leurs missions qui ne relèvent pas de la mise en œuvre des investigations énumérées au I de l'article Lp. 461-4 du Code de commerce, tout en conservant leur lien hiérarchique avec le rapporteur général.
40. L'Autorité entend relever que l'autorité hiérarchique et fonctionnelle ont vocation à s'exercer concomitamment, chacune dans le champ des compétences qui lui sont attribuées. En particulier, dans le périmètre relevant de la seconde, l'exercice de la première s'effectue dans le respect des attributions reconnues à cette seconde et ne peut avoir pour effet d'y faire obstacle, de s'y substituer ou d'en neutraliser l'exercice. L'autorité hiérarchique conserve l'ensemble des prérogatives qui lui sont attribuées par les textes, notamment en matière répartition du travail, gestion administrative, d'évaluation, et veille à ce que à ce que l'agent dispose des moyens et conditions d'organisation nécessaires à l'exécution des orientations régulièrement données par l'autorité fonctionnelle.

41. Appliquée à l'Autorité, cette complémentarité de l'autorité fonctionnelle et de l'autorité hiérarchique a pour objet de mieux intégrer la compétence décisionnelle dans les domaines consultatifs et préventifs qui ne sont pas soumis au principe de séparation, en évitant toute séparation contre-productive de nature à nuire à l'efficacité de la régulation concurrentielle.
42. Cette clarification suit la pratique de l'Autorité de la concurrence métropolitaine. A titre d'exemple, cette dernière prévoit en matière de concentration d'entreprises, s'agissant d'une autorisation administrative, que le service des concentrations travaille directement sous l'autorité du président, notamment pour la préparation des projets de décisions¹³.
43. Enfin, la lecture combinée de l'article 14 et de l'article 15 clarifie la possibilité organisationnelle existante selon laquelle l'examen des avis comme le contrôle initial des opérations de concentration peut être réalisé, par principe, par tout agent de l'Autorité, dès lors que ces missions ne revêtent pas un caractère répressif et ne sont donc pas assujetties au principe de séparation fonctionnelle.
44. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'Autorité est favorable à l'article 14, deuxième alinéa du I, et à l'article 15 de l'avant-projet de loi du pays qu'elle a appelé de ses vœux, lesquels renforcent, dans le respect des principes fondamentaux, l'efficacité de la régulation concurrentielle en tenant compte de la spécificité des procédures et des besoins de célérité et de souplesse des pouvoirs de régulation, en particulier dans une petite économie insulaire.
45. Afin de ne pas créer d'ambiguïté, l'Autorité recommande de clarifier davantage le dernier alinéa de l'article 15 en précisant expressément que les agents sont placés sous l'autorité du président, en dehors des investigations susceptibles d'aboutir à une sanction.

Recommandation n°1 : l'Autorité recommande de clarifier l'article Lp. 461-4 du Code de commerce comme suit : « *En dehors des investigations énumérées au I de l'article Lp. 461-4, les agents de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie accomplissent leurs missions, nonobstant leur service d'affectation, en respectant les orientations et les priorités définies par le président de l'autorité.* »

Les agents de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie sont placés sous l'autorité du président de l'autorité pour l'accomplissement de ces seules missions. »

B. Modifications relatives au fonctionnement de l'Autorité

46. Les articles 11 à 15 de l'avant-projet de loi du pays modifient plusieurs règles relatives au fonctionnement de l'Autorité dans le sens d'une clarification, d'une simplification, ou d'un renforcement de la continuité de l'Autorité.

1. Clarification du fonctionnement de l'Autorité en cas d'absence du président

47. L'article 11 de l'avant-projet de loi du pays précise que le vice-président exerce les fonctions dévolues au président en cas d'absence ou d'empêchement de ce dernier.
48. Ce même article introduit un mécanisme d'intérim en cas de vacance du poste de président avant le terme de son mandat, notamment en cas de démission ou de décès. L'article propose à cette fin que le Collège désignera l'un de ses membres pour exercer les fonctions de président par intérim, selon les modalités prévues par le règlement intérieur, et pour une durée maximale d'un an.

¹³ Article 10 de la décision du président de l'Autorité de la concurrence métropolitaine du 20 février 2026.

49. L'exposé des motifs précise que « *ce dispositif a vocation à assurer la continuité de l'[A]utorité* » pendant la période nécessaire à la nomination d'un nouveau président selon la procédure prévue à l'article 27-1 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. L'Autorité approuve ces précisions.
50. L'Autorité est favorable à l'adoption de l'article 11 de l'avant-projet de loi du pays afin de sécuriser la continuité du service en cas d'absence du président ou de vacance de poste à la faveur de l'un des membres du Collège. Elle précise à cet égard que les modalités de nomination initiales des membres du Collège suivent la même procédure que celles applicables à la nomination du président, préservant ainsi, dans le cadre de l'intérim, la désignation d'un membre présentant les mêmes garanties d'indépendance et de nomination que celle du président.

2. Simplification des conditions dans lesquelles le président ou le vice-président peut statuer seul

51. L'article Lp. 461-3 du Code de commerce détermine les cas dans lesquels le président ou, en cas d'empêchement, le vice-président de l'Autorité, peut statuer seul.
52. L'article 12 de l'avant-projet de loi du pays étend cette compétence aux décisions de non-lieu prévues à l'article Lp. 464-6, aux décisions relatives aux mesures conservatoires prises en application de l'article Lp. 464-1, aux autorisations de dérogation à l'effet suspensif des opérations de contrôle des concentrations et celles liées au commerce de détail visées à l'article Lp. 431-4 et au VI de l'article Lp. 432-2, et aux décisions de réexamen des mesures correctives mentionnées aux III et IV de l'article Lp. 431-7 et aux IV et V de l'article Lp. 432-4 dudit Code.
53. Ces modifications visent, d'une part, à améliorer la réactivité de l'Autorité dans les situations d'urgence, et, d'autre part, à éviter la réunion du Collège dans un souci de simplification pour l'adoption d'actes de procédure ou de décisions dont la portée est limitée. A cet égard, la convocation du Collège implique en effet des délais et la mobilisation de moyens qui peuvent apparaître inadaptés pour le traitement des dossiers les plus simples ou urgents.
54. Le 1° de l'article 12 étend ainsi tout d'abord la compétence du président ou du vice-président pour statuer seul aux décisions de non-lieu prises sur le fondement de l'article Lp. 464-6 du Code de commerce. L'Autorité accueille favorablement cette extension. Lorsqu'au terme de l'instruction, aucune pratique de nature à justifier la poursuite de la procédure n'est établie, l'intervention du président ou du vice-président statuant seul permet d'éviter la mobilisation du Collège et d'accélérer la clôture du dossier.
55. Le 2° de l'article 12 étend ensuite la liste des décisions mentionnées au quatrième alinéa de l'article Lp. 461-3 du Code de commerce que le président ou le vice-président peut prendre seul s'agissant des décisions relatives aux demandes de mesures conservatoires, ainsi qu'aux décisions prévues aux articles Lp. 431-5 et Lp. 432-3 relevant du titre III en matière de contrôle des structures de marché, aux décisions d'autorisation accordant une dérogation à l'effet suspensif des opérations de concentration et de commerce de détail, ainsi que celles relatives à la révision ou à la mise en œuvre des engagements et des injonctions.
56. Le 3° du même article ajoute en outre un nouvel alinéa permettant au président de statuer seul pour prendre acte des désistements et de rejeter, sans séance préalable, les saisines manifestement irrecevables ou manifestement étrangères à la compétence de l'Autorité. L'Autorité accueille favorablement cette simplification. La portée limitée de ces décisions et le caractère manifeste de la solution apportée sont de nature à justifier qu'elles soient adoptées par le président statuant seul, sans réunion préalable du Collège. Ces décisions demeurent, en tout état de cause, susceptibles de recours devant les juridictions compétentes.

57. Pour l'ensemble des décisions mentionnées à cet alinéa, le texte prévoit en revanche que le président ou le vice-président ne pourrait statuer seul que si le sens de sa décision est conforme à la proposition du service d'instruction. En cas de divergence, l'affaire devrait être examinée en séance par le Collège.
58. Or, cette rédaction crée une conditionnalité dans la possibilité de statuer seul qui ne semble pas justifiée, dès lors que la possibilité d'exercer cette faculté résulte de la seule appréciation du président de l'Autorité afin de garantir la réactivité de la procédure. Par ailleurs, les décisions sur lesquelles le président ou le vice-président peut statuer seul, qui ne relèvent pas de la matière répressive, sont déjà placées sous l'autorité fonctionnelle du président et ne pourraient donc donner lieu, par construction, à une position non conforme du service d'instruction.
59. A cet égard, il est relevé que cette conditionnalité n'existe ni dans le Code de commerce métropolitain, ni dans le Code polynésien de la concurrence.
60. L'article L. 461-3 du Code de commerce métropolitain prévoit en effet de manière inconditionnelle que le « *président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les décisions prévues au III de l'article L. 462-5, à l'article L. 462-8, ainsi que celles prévues aux articles L. 464-2 à L. 464-6 quand elles visent des faits dont l'autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en application de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 464-9. Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues à l'article L. 430-5, des décisions de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article L. 430-7, des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures et des décisions de révision des engagements prises en application de l'article L. 464-2* ». Ces dispositions renvoient à la possibilité pour le président (ou un vice-président) de statuer seul pour prendre notamment une décision relative à la sanction de pratiques anticoncurrentielles en cas de saisine d'office, de manquements aux engagements en application des décisions autorisant les opérations de concentration, d'irrecevabilité pour défaut d'intérêt à agir, de prescription, d'incompétence, de rejet pour défaut d'éléments probants, de clôture des saisines d'office, de désistement, de sanctions pécuniaires en cas d'injonctions ou engagements non respectés, de révision des engagements en matière de concentration, de décision d'autorisation d'une concentration en phase I, de transaction.
61. Afin de préserver l'agilité et l'efficacité des procédures et la possibilité pour le président ou le vice-président de statuer seul, notamment dans les situations d'urgence, l'Autorité recommande, à l'instar des codes de commerce métropolitain et polynésien, de supprimer cette conditionnalité.

Recommandation n° 2 : l'Autorité recommande de modifier le quatrième alinéa de l'article Lp. 461-3 du Code de commerce et de le remplacer comme suit : « *Il peut faire de même, sans séance, s'agissant des décisions prévues aux articles Lp. 431-5 et Lp. 432-3, des décisions accordées à titre dérogatoire visées à l'article Lp. 431-4 et au VI de l'article Lp. 432-2, des décisions de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article Lp. 431-7 et aux IV et V de l'article Lp. 432-4, des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures et des décisions relatives aux mesures conservatoires prises en application de l'article Lp. 464-1* ».

3. Clarification des pouvoirs liées à la gouvernance de l'Autorité

62. L'article 13 de l'avant-projet de loi du pays propose de clarifier l'administration de l'Autorité et de renforcer son efficacité et la cohérence de son action.
63. Cet article prévoit ainsi d'insérer dans le Code de commerce un article Lp. 461-3-1 aux termes duquel le président assurerait « *[s]ans préjudice des dispositions de l'article Lp. 461-4, la direction, l'organisation, le fonctionnement et l'administration générale de l'autorité* ».

64. À ce titre, l'avant-projet de loi du pays prévoit, au regard de ses attributions et prérogatives, que le président est notamment chargé de définir les orientations et les priorités générales des services de l'Autorité et de suivre leur mise en œuvre, de nommer les agents de celle-ci, ainsi que de signer les actes, décisions et conventions relatifs à celle-ci et à la représenter dans les actes de la vie civile et en justice.
65. L'article 13 dispose en ce que sens que le président est notamment chargé de :
- « 1° De définir les orientations et priorités générales des services de l'autorité et de suivre leur mise en œuvre ;*
- « 2° De procéder au recrutement des agents de l'autorité et d'exercer à leur égard le pouvoir disciplinaire. Les agents affectés en tout ou partie au service d'instruction mentionné à l'article Lp. 461-4 font l'objet d'une nomination conjointe avec le rapporteur général mentionnée à cet article, dans des conditions fixées par le règlement intérieur de l'autorité ;*
- « 3° De procéder à l'ordonnancement des recettes et des dépenses de l'autorité, dans les conditions fixées à l'article 27-1 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;*
- « 4° De signer tous les actes, décisions et conventions relatifs à l'autorité ;*
- « 5° De représenter l'autorité dans tous les actes de la vie civile et d'agir en justice en son nom, dans des conditions fixées par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. »*
66. Ces modifications codifient en substance des prérogatives et attributions attachées par nature à la fonction de président qui font déjà partie du cadre applicable existant.
67. En premier lieu, s'agissant de la compétence de direction, l'organisation, le fonctionnement et l'administration générale de l'Autorité figurant à l'article 13, le cadre réglementaire prévoit déjà :
- que *« [l]e président de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est chargé de diriger l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie »*, au titre de l'article 4 de la délibération n° 234 du 13 décembre 2006¹⁴ ;
 - que le *« [p]résident de l'Autorité est responsable de l'organisation et du fonctionnement de l'institution, et prend toutes dispositions nécessaires à cet effet »*, au titre de l'article 1 du règlement intérieur de l'Autorité. Dans le même sens, le Code de commerce métropolitain prévoit à l'article R. 461-8 que *« [l]'organisation de l'autorité de la concurrence est fixée par décision de son président »* ;
68. En deuxième lieu, conformément aux pouvoirs précités dévolus au président, l'article 13 mentionne que ce dernier a la charge de définir les *« priorités et orientations générales de l'autorité »*. En pratique, ces priorités et orientations sont publiées dans le cadre d'une feuille de route, telles que définies et approuvées par le Collège afin de favoriser la richesse des débats et la légitimité de l'action de l'institution, ce que l'Autorité recommande de préciser dans l'avant-projet de loi du pays.
69. Il est rappelé, à titre contextuel, que les priorités d'actions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine sont similairement définies et présentées par son président dans le cadre d'une feuille de route incluant une description détaillée des actions envisagées

¹⁴ Délibération n° 234 du 13 décembre 2006 portant dispositions particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités et établissements publics de Nouvelle-Calédonie.

70. Il est également précisé que ces dispositions n'affectent pas le principe de séparation entre l'instruction et le jugement, dès lors, d'une part, que le texte précise expressément que les compétences du président s'exercent « *sans préjudice des dispositions de l'article Lp. 461-4* » du Code de commerce, lesquelles placent la mise en œuvre des investigations susceptibles de donner lieu à une sanction sous la seule autorité du rapporteur général, et qu'en tout état de cause, l'intervention du président et du Collège est limitée aux orientations d'ordre général sans pouvoir être de nature à permettre d'influencer directement ou indirectement la mise en œuvre d'une enquête menée par le service d'instruction, l'opportunité d'un acte d'instruction, le sens des constatations susceptibles d'être retenues, ni retirer à un rapporteur l'instruction d'une affaire menée dans le cadre répressif.
71. En troisième lieu, conformément aux pouvoirs dévolus au président en matière de fonctionnement et d'organisation de l'Autorité, l'article 13 précise que le président procède au recrutement des agents de celle-ci et exerce à leur égard le pouvoir disciplinaire. En effet, le président la représente et assume, à ce titre, la responsabilité d'employeur, qui s'inscrit dans le cadre plus général de sa responsabilité dans la gestion et l'organisation de l'Autorité. En sa qualité de représentant de l'institution et d'ordonnateur, il lui appartient ainsi de procéder à la nomination et au recrutement de l'ensemble de ses agents. A cet égard, l'arrêté du 6 juillet 2023 portant délégation de signature au président de l'Autorité prévoit déjà que celui-ci dispose de la prérogative de recrutement.
72. L'avant-projet de loi du pays indique, dans le respect du principe de séparation attaché au pouvoir répressif, que le recrutement des agents relevant en tout ou partie du service d'instruction font l'objet d'une nomination conjointe, selon des modalités précisées par le règlement intérieur de l'Autorité, entre le rapporteur général et le président. Cette disposition permet de tenir compte, d'une part, de la responsabilité employeur du président en tant que représentant de l'institution, et, d'autre part, du fait que les agents du service d'instruction peuvent être chargés de mission transverse par celui-ci, et qu'ils relèvent de son autorité fonctionnelle en matière consultative et préventive comme expliqué précédemment. Lu en combinaison avec le principe expressément rappelé selon lequel les compétences du président s'exercent sans préjudice de l'article Lp. 461-4 du Code de commerce, cette disposition s'opère dans le strict respect du principe de séparation en matière répressive, qui dispose sans ambiguïté, pour toutes les procédures susceptibles de donner lieu à une sanction, que les agents du service d'instruction sont placés sous la seule autorité du rapporteur général pour la conduite des investigations contentieuses. Il est rappelé par ailleurs que ce dernier dispose de la prérogative exclusive de désigner et d'affecter un rapporteur à une affaire, renforçant encore le principe de la séparation fonctionnelle pour les affaires relevant de la mission répressive de l'Autorité.
73. L'Autorité relève en revanche que le terme « recrutés et nommés par le président » devrait toutefois être préféré au terme « recrutés », et les mots « nomination conjointe » remplacés par les mots « recrutement conjoint » afin d'harmoniser la terminologie employée et d'identifier l'autorité compétente au titre de la nomination, qu'il convient de distinguer de la compétence de recrutement.
74. En quatrième lieu, les compétences dévolues aux termes du 3° de l'article 13 sont déjà reconnues au président par l'article 1^{er} de l'arrêté n° 2018-521/GNC du 13 mars 2018 portant diverses dispositions relatives à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.
75. En cinquième lieu, les 4° et 5° du nouvel article Lp. 461-3-1 du Code de commerce habilite le président à signer les actes, décisions et conventions relatifs à l'Autorité et à la représenter dans les actes de la vie civile et en justice. Or, ces compétences lui sont déjà reconnues pour partie par l'article 1^{er} de l'arrêté n° 2018-521/GNC du 13 mars 2018, lequel précise également qu'il a qualité pour agir en demande et en défense et présenter des observations devant toute juridiction

au nom de l'Autorité, ainsi que par l'arrêté du 6 juillet 2023 portant délégation de signature au président de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Il convient de relever que la précision apportée au point 4° suit les recommandations de la chambre territoriale des comptes, qui avait recommandé de clarifier les compétences du président en matière de gestion administrative courante, après avoir relevé les incertitudes entourant sa qualité d'ordonnateur¹⁵. La disposition proposée contribue ainsi à sécuriser l'accomplissement des actes nécessaires au fonctionnement quotidien de l'institution.

76. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la codification opérée participe à la fois d'une clarification et d'une meilleure lisibilité du fonctionnement de l'Autorité, sous réserve de la recommandation ci-dessous.

Recommandation n° 3 : l'Autorité recommande :

- de modifier l'article Lp. 461-3 du Code de commerce afin de confier au Collège la définition des orientations et des priorités générales de l'Autorité comme suit : « 1°. *De définir, avec le collège, les orientations et priorités générales des services de l'autorité et de suivre leur mise en œuvre* » (soulignement ajouté) ;
- de modifier le 2° de l'article Lp. 461-3 du Code de commerce afin de réserver le terme « recrutement » à la décision conjointe du rapporteur général et du président, et de réserver le terme « nomination » aux prérogatives du président, et d'ainsi modifier ledit article comme suit : « 2°. *de procéder au recrutement et à la nomination des agents de l'autorité et d'exercer à leur égard le pouvoir disciplinaire. Les agents affectés en tout ou partie au service d'instruction mentionné à l'article Lp. 461-4 font l'objet d'un recrutement conjoint avec le rapporteur général mentionné à cet article, dans les conditions fixées par le règlement intérieur* » (soulignement ajouté).

4. Modifications relatives à la nomination du rapporteur général et rapporteur général adjoint

a. Nomination du rapporteur général

77. Dans sa rédaction actuelle, l'article Lp. 461-4 du Code de commerce prévoit que le rapporteur général est nommé par le gouvernement après avis du Collège. Cette nomination ne peut intervenir qu'après une audition publique du candidat proposé par le gouvernement et l'approbation de sa candidature par le Congrès à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Il peut être mis fin à son mandat à sa demande ou par le gouvernement selon la même procédure, après avis conforme du Congrès adopté à la même majorité.
78. Or, le rapporteur général n'étant pas membre du Collège de l'Autorité au sens des articles 27-1 et 93-1 de la loi organique du 19 mars 1999 relatif à la création d'une autorité administrative indépendante, sa nomination n'impose pas qu'elle soit soumise à la procédure applicable au président et aux autres membres du Collège.
79. L'article 14 propose de simplifier la procédure de nomination du rapporteur général afin que sa nomination relève d'une décision du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, après avis du Collège. Il pourrait être mis fin à ses fonctions selon les mêmes modalités, par parallélisme de forme.

80. Cette procédure suit celle des modèles connus de la Métropole et de la Polynésie française. A cet égard, l'article L. 461-4 du Code de commerce métropolitain prévoit dans les mêmes termes que le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie, après avis du Collège. Il peut également être mis fin à ses fonctions par arrêté du ministre chargé de l'économie. De même en Polynésie française, l'article Lp. 610-2 du Code polynésien de la concurrence prévoit que « *le rapporteur général [est] nommé pour quatre ans par arrêté pris en conseil des ministres après avis du collège de l'Autorité* » (soulignement ajouté).
81. En séance, le représentant du gouvernement a notamment justifié cette évolution par la durée de la procédure suivie lors du dernier renouvellement des mandats. La modification proposée présenterait en ce sens un avantage matériel en termes de célérité de procédure, s'agissant d'une fonction clé de l'institution dont la vacance doit être pourvue au plus vite.
82. L'Autorité partage cet objectif et accueille favorablement cette simplification. Afin de renforcer la procédure au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, il est proposé que la nomination et la révocation du rapporteur général par le gouvernement résulte d'un avis conforme du Collège.

Recommandation n° 4 : l'Autorité recommande de modifier le II de l'article Lp. 461-4 du Code de commerce afin que la nomination du rapporteur général et la cessation anticipée de ses fonctions interviennent par arrêté du gouvernement après avis conforme du Collège.

b. La nomination des rapporteurs généraux adjoints

83. L'article 14 de l'avant-projet de loi du pays prévoit que le rapporteur général peut être assisté d'un ou de plusieurs rapporteurs généraux adjoints chargés de le remplacer en cas d'absence, d'empêchement ou de vacance du poste. A l'instar du rapporteur général, celui ou ceux-ci seraient désignés par le gouvernement après avis du Collège et il pourrait être mis fin à leurs fonctions selon les mêmes modalités, par parallélisme de forme.
84. L'Autorité accueille favorablement l'ajout de la vacance du poste parmi les situations dans lesquelles un rapporteur général adjoint peut assurer le remplacement du rapporteur général. Cette précision comble une lacune des textes actuels et favorise la continuité de l'Autorité.
85. L'Autorité est également favorable aux modalités de nomination des rapporteurs généraux adjoints, dès lors que ces derniers ont vocation à assurer l'intérim en cas de vacances de poste du rapporteur général et d'assurer, de manière même temporaire, le plus haut niveau de responsabilité au sein du service d'instruction. La procédure de nomination des rapporteurs généraux adjoints a, pour cette raison, vocation à suivre par nature les mêmes modalités que celles applicables au rapporteur général.
86. De la même manière, il est rappelé qu'un membre du Collège peut être désigné pour assurer l'intérim du président, dès lors notamment que sa procédure de nomination suit les mêmes modalités que celles applicables à la nomination du président.
87. L'Autorité recommande en revanche une modification afin de supprimer à la fois un risque de redondance et d'incohérence. En effet, l'article 14 prévoit que les rapporteurs généraux adjoints sont désignés par le gouvernement après avis du Collège, tout en conservant la mention que les agents affectés en tout ou partie au service d'instruction sont nommés par décision conjointe du rapporteur général et du président. Il est proposé de supprimer cette dernière disposition, afin de ne pas créer d'ambiguïté sur la procédure de nomination et de révocation des rapporteurs généraux adjoints et de ne pas créer de redondance dès lors que le recrutement conjoint des autres agents du service d'instruction est déjà prévu par l'article 13 de l'avant-projet de loi du pays,

lequel prévoit parallèlement que les agents affectés en tout ou partie au service d’instruction font l’objet d’un recrutement conjoint du rapporteur général et du président.

Recommandation n° 5 : l’Autorité recommande de supprimer le IV de l’article Lp. 461-4 du Code de commerce, afin de limiter la redondance avec le 2° de l’article Lp. 461-3-1, lequel prévoit déjà la nomination et le recrutement des agents du service d’instruction.

88. Enfin, l’avant-projet de loi du pays n’adresse pas l’hypothèse d’une vacance simultanée des postes de rapporteur général et de rapporteur général adjoint. L’Autorité avait déjà recommandé, dans son avis n° 2025-A-04 du 20 juin 2025, de prévoir qu’un autre agent puisse alors être nommé rapporteur général par intérim¹⁶, afin de garantir la continuité de la direction du service.

Recommandation n° 6 : l’Autorité recommande de prévoir qu’en cas d’une vacance simultanée des postes de rapporteur général et de rapporteur général adjoint, un agent de l’Autorité puisse être nommé rapporteur général par intérim par décision du gouvernement après avis du Collège, pour une durée maximale de six mois renouvelables.

II. Sur les modifications relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence

89. En l’état du droit applicable, l’Autorité est compétente, depuis son entrée en fonction, pour contrôler et sanctionner l’ensemble des manquements aux règles relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence relevant des articles Lp. 441-1 à Lp. 442-5 du titre IV du livre IV du Code de commerce, notamment en matière de facturation, de conditions générales de vente, de délais de paiement, de conventions uniques, de coopération commerciale, de revente à perte et de refus de vente.
90. L’avant-projet de loi du pays envisage de transférer le contrôle de certaines pratiques commerciales dont l’Autorité a actuellement la charge au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Il introduit concomitamment une nouvelle disposition permettant à l’Autorité de sanctionner l’octroi d’un avantage sans contrepartie aux termes de l’article Lp. 441-7 nouveau.
91. Les articles 3 à 7 du chapitre II de l’avant-projet de loi du pays modifient ainsi, d’une part, la répartition des compétences de contrôle et de sanction actuellement exercées par l’Autorité relativement à certaines pratiques relevant des dispositions du titre IV du livre IV en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, au bénéfice du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, et ils créent, d’autre part, un nouvel outil dont l’Autorité sera en charge du contrôle.
92. L’Autorité examinera successivement la modification du champ de ses compétences relatives à certaines pratiques en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence (A) et la création d’une nouvelle disposition lui permettant de sanctionner l’octroi d’un avantage sans contrepartie (B), aux termes desquelles elle recommande notamment le maintien d’une coopération effective avec le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie afin de préserver l’efficacité de la mise en œuvre du cadre réglementaire (C).

¹⁶ Avis n° 2025-A-04 du 20 juin 2025 relatif à l’avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, recommandation n° 16.

A. Modifications des compétences de l'Autorité relatives à certaines pratiques en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence

1. Modification du champ des compétences proposée par l'avant-projet

93. Les articles 5 et 6 de l'avant-projet de loi du pays instaurent une nouvelle répartition des compétences en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence entre l'Autorité et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.
94. En application du nouvel article Lp. 444-1-1 du Code de commerce, créé par l'article 6 de l'avant-projet, le gouvernement deviendrait compétent pour contrôler les pratiques suivantes et enjoindre aux entreprises de se conformer aux obligations qui leur sont applicables :
- à la publicité comportant une réduction de prix sur les produits alimentaires périssables ;
 - à la facturation ;
 - aux délais de paiement ;
 - à l'utilisation irrégulière, à des fins commerciales, du domaine public ou privé de la Nouvelle-Calédonie ;
 - à la revente à perte ; et
 - au prix minimal imposé.
95. L'Autorité conserverait, quant à elle, le contrôle et la sanction des manquements relatifs :
- aux conditions générales de vente ;
 - à l'encadrement des remises sans contreparties ou engagements ;
 - aux conventions uniques et à la coopération commerciale ;
 - aux contrats portant sur des produits vendus sous marque de distributeur ;
 - aux accords de coopération commerciale et à leur rémunération sans contrepartie ; et
 - au refus de vente.
96. La répartition des compétences entre l'Autorité et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie résultant des articles 5 et 6 de l'avant-projet de loi du pays peut être présentée comme suit :

Article du Code de commerce	Pratique ou obligation concernée	Autorité compétente	Sanction
Lp. 441-2	Publicité comportant une réduction de prix sur des produits alimentaires périssables	Gouvernement	Injonction
Lp. 441-2-1	Encadrement des remises sans contreparties ou engagements	Autorité	1 000 000 F. CFP pour une personne physique et 5 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 441-3 et Lp. 441-4	Règles de facturation	Gouvernement	8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 441-6	Conditions générales de vente	Autorité	1 000 000 F. CFP pour une personne physique et 5 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 441-7, I	Rémunération sans contrepartie dans le cadre de la coopération commerciale	Autorité	1 000 000 F. CFP pour une personne physique et 5 000 000 F. CFP pour une personne morale

Lp. 441-8	Contrats portant sur des produits vendus sous marque de distributeur	Autorité	8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 441-9	Convention unique	Autorité	8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 442-1	Refus de vente	Autorité	8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 442-2	Revente à perte	Gouvernement	1 000 000 F. CFP pour une personne physique et 5 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 442-5	Prix minimal imposé	Gouvernement	1 000 000 F. CFP pour une personne physique et 5 000 000 F. CFP pour une personne morale
Lp. 442-6, V	Avantage sans contrepartie, déséquilibre significatif, pratiques discriminatoires, pénalités disproportionnées, rupture brutale des relations commerciales, avantages rétroactifs, bénéfice automatique de conditions plus favorables, interdiction de céder des créances à des tiers	Gouvernement	Amende administrative de 8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale, sous réserve que les mêmes faits n'aient pas déjà donné lieu au prononcé de l'amende civile prévue à cet article
Lp. 442-8 ¹⁷	Utilisation irrégulière, à des fins commerciales, du domaine public ou privé de la Nouvelle-Calédonie	Gouvernement	Injonction
Lp. 443-1 à Lp. 443-3	Délais de paiement	Gouvernement	1 000 000 F. CFP pour une personne physique et 5 000 000 F. CFP pour une personne morale

2. Objectifs poursuivis par l'avant-projet de loi du pays

97. Au regard de l'exposé des motifs, l'objectif consiste à mieux répartir les compétences entre les institutions et à permettre à chacune de se concentrer sur les pratiques, au regard de ses ressources et de son expertise.
98. La DECAT a indiqué lors de son audition avec le service d'instruction que cette nouvelle architecture répond à la volonté de maintenir, voire de renforcer, les prérogatives de l'Autorité afin qu'elle puisse cibler et recentrer son action sur ses missions consultatives, préventives, et relatives à la sanction des pratiques anticoncurrentielles et ainsi permettre à l'Autorité de se concentrer sur la « grande concurrence » ou « macro-concurrence », tandis que les contentieux relevant de la « petite concurrence » seraient confiés au gouvernement.
99. Les modifications proposées visent à rééquilibrer les compétences entre la DECAT et l'Autorité en vue de renforcer l'application sur le territoire des règles en matière de transparence, de pratiques restrictives de concurrence et de délais de paiement. A cet égard, il est constant que les moyens et les ressources de la DECAT reposent sur des effectifs supérieurs à celles de l'Autorité.
100. En séance, la DECAT a précisé que la réflexion avait initialement porté sur un transfert complet des pratiques restrictives de concurrence au gouvernement, conformément au modèle métropolitain, puis avait évolué afin que l'Autorité conserve le contrôle de certaines pratiques

¹⁷ L'article Lp. 442-8 du Code de commerce prévoit également que l'utilisation irrégulière, à des fins commerciales, du domaine public ou privé de la Nouvelle-Calédonie est punie de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe, conformément à l'article 131-13 du Code pénal.

présentant des enjeux importants et au regard de la mise en œuvre de ses missions, auxquelles elles seraient étroitement liées.

101. Dans la mesure où il ne revient pas à l'Autorité de se prononcer ni sur l'articulation optimale entre les compétences de la DECAT et celles de l'Autorité au sein du Code de commerce, ni de se substituer aux pouvoirs publics sur l'équilibre à rechercher dans l'application de ces dispositions aux fins de faire respecter l'ordre public économique, l'Autorité s'attachera à examiner les conséquences relatives à ce transfert, au regard de son expérience depuis sa prise de fonction et de son bilan, et à formuler ses recommandations afin éclairer le débat public.

3. Conséquences du transfert de compétences au regard du bilan de l'Autorité en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence

102. A titre liminaire, l'Autorité rappelle qu'elle a été instituée par la loi du pays du 24 avril 2014, à la suite notamment des recommandations formulées par l'Autorité de la concurrence métropolitaine, afin de confier à une autorité administrative indépendante la mise en œuvre des outils de contrôle et de régulation de la concurrence¹⁸. Son organisation vise ainsi à garantir un fonctionnement indépendant à l'égard des sphères politique et économique.
103. Les garanties d'indépendance attachées à son statut constituent la contrepartie nécessaire des pouvoirs d'enquête et de sanction qui lui sont confiés. Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence peut ainsi conduire à prendre des décisions produisant des conséquences économiques significatives pour des opérateurs privés ou pour des secteurs entiers d'activité. Le choix de l'institution compétente tenait ainsi compte non seulement de considérations d'efficacité administrative, mais également des garanties d'indépendance et d'impartialité attachées à l'exercice de ces pouvoirs.
104. En pratique, l'Autorité a rendu 15 décisions dans le cadre de ses pouvoirs relatifs à la sanction des pratiques relevant de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence, à la suite de manquements constatés notamment en matière de facturation et de délais de paiement¹⁹.

¹⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-A-15 du 2 septembre 2013 relatif à un projet de loi du pays portant création d'une autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

¹⁹ Voir les décisions de l'Autorité n° 2020-PCR-01 du 11 mai 2020 relative à des pratiques de la société Vale Nouvelle-Calédonie SAS en matière de délais de paiement, n° 2020-PCR-02 du 31 août 2020 relative à des pratiques de la société Dumez GTM Calédonie SAS en matière de délais de paiement, n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020 relative à des pratiques de la société Koniambo Nickel SAS en matière de délais de paiement, n° 2020-PCR-04 relative à des pratiques de la Société Le Nickel -SLN en matière de délais de paiement, n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 relative à des pratiques de la Société de Services Pétroliers en matière de délais de paiement et de facturation, n° 2021-PCR-02 du 29 juillet 2021 relative à des pratiques de la Société Gemini en matière de facturation, n° 2021-PCR-05 du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC) en matière de pratiques commerciales restrictives, n° 2022-PCR-01 du 20 avril 2022 relative à des pratiques de la Société de Développement Calédonienne (SODEC) en matière de pratiques commerciales restrictives, n° 2022-PCR-02 du 3 novembre 2022 relative à des pratiques de la Société Le Froid en matière de pratiques commerciales restrictives, n° 2023-PCR-02 du 20 décembre 2023 relative à des pratiques de la société Michel-Ange Nouméa en matière de délais de paiement, n° 2023-PCR-03 du 20 décembre 2023 relative à des pratiques de la société Best Supermarket en matière de délais de paiement, et n° 2025-PCR-01 du 16 avril 2025 relative à des pratiques de la société Mercure en matière de facturation.

105. Au regard de ce qui précède et de la modification des compétences proposées, l'Autorité entend souligner les quatre points suivants tirés de son expérience et de son bilan.
106. En premier lieu, certaines pratiques, qui ne seraient pas maintenues dans le champ de compétences actuelles de l'Autorité sont étroitement liées à celles qui demeureraient placées sous le contrôle de l'Autorité. Les factures constituent notamment des documents indispensables pour contrôler les conditions générales de vente, les remises, les conventions uniques, la coopération commerciale ou encore les relations entre fournisseurs et distributeurs. Leur examen permet également de vérifier le respect des délais de paiement. Le contrôle de ces pratiques par l'Autorité présente, en outre, un intérêt particulier dans le secteur de la grande distribution, qui constitue l'une de ses priorités d'action dans un contexte de vie chère. Les décisions rendues par l'Autorité en matière de délais de paiement concernaient notamment des pratiques mises en œuvre dans les relations entre les distributeurs et leurs fournisseurs dans le secteur de la grande distribution alimentaire²⁰.
107. En deuxième lieu, la nouvelle répartition envisagée pourrait être susceptible d'affecter l'efficacité des contrôles.
108. En effet, les différentes pratiques commerciales d'une entreprise sont généralement constatées à partir des mêmes documents contractuels et comptables et sont appréhendées dans leur ensemble. Ainsi, le contrôle des remises et ristournes implique nécessairement d'examiner les conventions et les factures de l'entreprise. Elle peut aussi révéler des délais de paiement irréguliers.
109. Le contrôle des règles de facturation et des délais de paiement par l'Autorité impacte donc la cohérence et l'efficacité de l'action public.
110. Par ailleurs, le contrôle et la sanction des pratiques de prix minimal imposé, prévues à l'article Lp. 442-5 du Code de commerce, soulève également une question de cohérence de l'action publique, dès lors qu'une pratique de prix minimal imposé peut également être appréhendée comme une entente verticale sur les prix sur le fondement du 1° de l'article Lp. 421-1 du Code de commerce, dont le contrôle et la sanction continueraient de relever de l'Autorité. Le transfert de l'article Lp. 442-5 au gouvernement aurait ainsi pour effet de confier à deux institutions différentes l'examen de pratiques de prix minimal imposé, selon la qualification juridique retenue.
111. En troisième lieu, la modification des compétences de l'Autorité est également susceptible de réduire la capacité de détection des pratiques anticoncurrentielles. En pratique, les documents recueillis à l'occasion d'un contrôle portant sur les pratiques restrictives de concurrence peuvent faire apparaître des indices d'entente, d'abus de position dominante ou d'abus de dépendance économique relevant du titre II du livre IV du Code de commerce, susceptibles finalement de permettre de sanctionner une pratique anticoncurrentielle. Leur examen permet également de vérifier le respect des délais de paiement et peut contribuer à détecter des pratiques anticoncurrentielles
112. En quatrième lieu, il convient d'indiquer que cette répartition de compétence pourrait créer de l'insécurité juridique pour les entreprises, lesquelles devraient pouvoir identifier avec suffisamment de clarté l'institution compétente, la procédure applicable et les conséquences susceptibles de s'attacher à leurs pratiques commerciales. Par exemple, une même entreprise et

²⁰ Voir en ce sens les décisions de l'Autorité n° 2021-PCR-05 du 4 octobre 2021 relative à des pratiques de la société Grande Brasserie de Nouvelle-Calédonie (GBNC) en matière de pratiques commerciales restrictives, n° 2023-PCR-02 du 20 décembre 2023 relative à des pratiques de la société Michel-Ange Nouméa en matière de délais de paiement et n° 2023-PCR-03 du 20 décembre 2023 relative à des pratiques de la société Best Supermarket en matière de délais de paiement.

les mêmes documents pourraient faire l'objet d'examens parallèles par les deux institutions et entraîner des doubles contrôles, avec des risques de mobilisation moins efficiente des ressources publiques et, le cas échéant, d'analyses divergentes de pratiques étroitement liées²¹. Le maintien d'un guichet unique pourrait ainsi participer d'un facteur de simplification et de sécurité juridique.

113. L'Autorité souligne à cet égard que la répartition des compétences doit reposer sur des critères suffisamment stables pour garantir l'efficacité de l'action publique et la sécurité juridique des opérateurs économiques.
114. Au regard de ce qui précède, l'Autorité tire les deux constats suivants :
- en plus des compétences demeurant sous son contrôle par l'avant-projet de loi du pays, le maintien du contrôle des règles relatives à la facturation prévues aux articles Lp. 441-3 et Lp. 441-4 du Code de commerce ainsi que des délais de paiement prévus aux articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 de ce même code pourraient présenter des avantages mesurables notamment en termes d'efficacité de l'action au regard de leurs liens étroit avec les pratiques dont elle assure le contrôle en matière de transparence et de pratiques restrictives, et de pratiques anticoncurrentielles ;
 - à l'inverse, certaines pratiques sont plus proches des missions de protection des consommateurs ou de contrôle économique exercées par la DECAT. Il en va ainsi du contrôle de la publicité comportant une réduction de prix sur les produits alimentaires périssables, prévu à l'article Lp. 441-2 du Code de commerce, ou à l'utilisation irrégulière, à des fins commerciales, du domaine public ou privé de la Nouvelle-Calédonie, qui n'ont, au demeurant, jamais donné lieu à une décision de l'Autorité. L'Autorité est également favorable au transfert au gouvernement du contrôle de la revente à perte prévu à l'article Lp. 442-2 du Code de commerce. Dans ses précédents avis, elle avait relevé que cette interdiction ne poursuivait pas exclusivement un objectif de protection de la concurrence et avait recommandé de réexaminer son maintien dans le livre IV du Code de commerce²².

Recommandation n° 7 : l'Autorité recommande de modifier les articles 5, 6, 8, 14, 16, 17 et 18 de l'avant-projet de loi du pays afin :

- de maintenir dans son champ de compétence le contrôle et la sanction des règles de facturation prévues aux articles Lp. 441-3 et Lp. 441-4 du Code de commerce ainsi que des délais de paiement prévus aux articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 de ce même Code ;
- de maintenir dans son champ de compétence le contrôle et la sanction des pratiques de prix minimal imposé prévues à l'article Lp. 442-5 dudit Code ;
- de maintenir les pouvoirs d'enquête du service d'instruction et les compétences procédurales de l'Autorité nécessaires à l'application de ces dispositions.

115. Cette modification de la répartition des compétences impliquerait de modifier plusieurs de ses dispositions afin d'assurer la cohérence des compétences de contrôle, d'enquête, de saisine et de sanction de l'Autorité et du gouvernement.

²¹ Le MEDEF et la CCI-NC ont souligné que les entreprises seraient confrontées à « deux guichets distincts selon la pratique en cause : ACNC ou DECAT ». Voir, en ce sens, la page 7 des observations du MEDEF au CESE-NC relatives à la saisine du CESE-NC concernant l'Avant-Projet de Loi du Pays n° LP-2026-DECAT-0027 portant modification du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie).

²² Voir l'avis de l'Autorité n° 2025-A-04 du 20 juin 2025 relatif à l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Livre IV), recommandation n° 15.

116. En premier lieu, le 1° de l'article 5 de l'avant-projet devrait maintenir les articles Lp. 441-3, Lp. 441-4, Lp. 442-5 et Lp. 443-1 à Lp. 443-3 du Code de commerce parmi les dispositions dont l'Autorité peut contrôler et sanctionner le non-respect. Par voie de conséquence, le 2° de cet article, qui supprime au VI de l'article Lp. 444-1 de ce même Code, la référence à l'article Lp. 443-3 dudit Code, ne devrait pas être maintenu.
117. En deuxième lieu, les articles Lp. 441-3, Lp. 441-4, Lp. 442-5 et Lp. 443-1 à Lp. 443-3 devraient être retirés du champ du nouvel article Lp. 444-1-1 créé par l'article 6 de l'avant-projet, afin d'éviter toute compétence concurrente du gouvernement et de l'Autorité.
118. En troisième lieu, les modifications apportées à l'article Lp. 450-1 du Code de commerce par l'article 8 de l'avant-projet devront être adaptées afin que les agents de l'Autorité conservent les pouvoirs d'enquête nécessaires au contrôle de ces dispositions.
119. En quatrième lieu, les articles 16, 17 et 18 de l'avant-projet, qui modifient respectivement les articles Lp. 462-3, Lp. 462-5 et Lp. 462-6 du Code de commerce, devraient également maintenir les références aux articles Lp. 441-3, Lp. 441-4, Lp. 442-5 et Lp. 443-1 à Lp. 443-3 de ce même Code.
120. Enfin, le périmètre des investigations confiées au service d'instruction par le I de l'article Lp. 461-4 dudit Code, dans sa rédaction proposée par l'article 14 de l'avant-projet, devrait être modifié dans le même sens.

B. Possibilité pour l'Autorité de sanctionner l'octroi d'un avantage sans contrepartie

121. L'article 3 de l'avant-projet de loi du pays instaure un nouvel outil entrant dans le champ des compétences de l'Autorité relatives à transparence et à celles relatives aux pratiques restrictives de concurrence du titre IV du livre IV du Code de commerce (1), dont l'articulation parallèle avec l'article L. 442-6 du Code de commerce devra être assurée (2), de même qu'avec les plafonds de sanction (3).

1. Possibilité de sanctionner l'avantage sans contrepartie par l'Autorité

122. L'article 3 de l'avant-projet complète l'article Lp. 441-7 du Code de commerce, actuellement consacré à la coopération commerciale, par un II ainsi rédigé : « *[e]st passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 8 500 000 F CFP pour une personne physique et de 45 000 000 F CFP pour une personne morale le fait, pour toute entreprise, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie, que celles-ci fassent l'objet d'un contrat écrit ou non.* »
123. Cette disposition étend le champ actuel de l'article Lp. 441-7. Elle n'est limitée ni aux relations entre fournisseurs et distributeurs, ni aux conventions de coopération commerciale, mais concerne toute entreprise et tout type de relation contractuelle. Elle permettrait ainsi à l'Autorité de ne plus seulement sanctionner les remises ou les rémunérations versées au titre d'accords de coopération commerciale qui ne correspondent à aucune contrepartie effective, mais, plus largement, l'obtention ou la tentative d'obtention de tout avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie.
124. Cette nouvelle compétence permettrait de doter l'Autorité d'un outil lui permettant d'intervenir plus efficacement dans l'ensemble des secteurs de l'économie.

125. L'Autorité estime en particulier que cet outil lui permettrait d'appréhender certains secteurs oligopolistiques dans lesquels les outils classiques du droit des pratiques anticoncurrentielles peuvent être difficilement mis en œuvre.
126. L'Autorité est ainsi particulièrement favorable à la création de cette nouvelle infraction entrant dans son champ de compétence.

2. Articulation avec l'article Lp. 442-6 du Code de commerce

127. En parallèle de la disposition précitée, le gouvernement deviendrait également compétent pour prononcer une amende administrative en cas de manquement aux dispositions de l'article Lp. 442-6 du Code de commerce. Sont notamment visés l'avantage sans contrepartie, le déséquilibre significatif, les pratiques discriminatoires, l'imposition de pénalités disproportionnées, la rupture brutale des relations commerciales, les avantages rétroactifs, le bénéfice automatique de conditions plus favorables ainsi que l'interdiction faite au cocontractant de céder ses créances à des tiers.
128. L'article Lp. 442-6 est complété par un alinéa V ainsi rédigé aux termes de l'article 4 de l'avant-projet de loi du pays relevant de la compétence du gouvernement : « *[l]orsque les mêmes faits n'ont pas déjà donné lieu au prononcé de l'amende civile prévue au présent article, une amende administrative d'un montant maximal de 8 500 000 F CFP pour une personne physique et de 45 000 000 F CFP pour une personne morale peut être prononcée.* »
129. L'Autorité est indirectement concernée par la modification opérée par l'article 4 de l'avant-projet de loi du pays dès lors que la pratique dite de « l'avantage sans contrepartie » est visée, dans des termes similaires, à l'article Lp. 441-7 du Code de commerce dont le contrôle relève de l'Autorité, et au 1° du I de l'article Lp. 442-6 du Code de commerce relevant de la compétence du gouvernement.
130. A cet égard, il est rappelé que cet article a été conçu en Métropole comme en Nouvelle-Calédonie pour permettre à la juridiction judiciaire de constater la pratique et d'en tirer l'ensemble des conséquences : cessation de la pratique, nullité des clauses ou contrats illicites, répétition de l'indu, réparation des préjudices et, le cas échéant, prononcé d'une amende civile, dont le montant maximal est sensiblement supérieur à celui de l'amende administrative envisagée. Le président de l'Autorité et le président du gouvernement peuvent d'ailleurs saisir la juridiction civile compétente lorsqu'il constate une pratique de cette nature.
131. L'avant-projet de loi du pays ne modifie à cet égard ni cette disposition sur le fond, ni ne remet en cause la compétence du juge, ni pour la possibilité pour l'Autorité de saisir la juridiction civile.
132. En revanche, l'article 4 de l'avant-projet complète parallèlement, comme indiqué, l'article Lp. 442-6 du Code de commerce par un V permettant également au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de prononcer une amende administrative en cas de manquement constaté aux dispositions de cet article.
133. En ce qui concerne les dispositions relatives à l'octroi d'un avantage sans contrepartie, d'une part au titre de l'article Lp. 442-6 du Code de commerce, et d'autre part au titre de l'article Lp. 441-7 de ce même Code, les mêmes faits d'obtention ou de tentative d'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné pourraient relever :
- de l'Autorité, sur le fondement du nouveau II de l'article Lp. 441-7 ; et
 - du gouvernement, sur le fondement du nouveau V de l'article Lp. 442-6.

134. Si le nouveau V de l'article Lp. 442-6 du Code de commerce précise qu'une amende administrative ne peut être prononcée lorsque les mêmes faits ont déjà donné lieu au prononcé de l'amende civile prévue par cet article, cette réserve pourrait ne pas être suffisante pour assurer une articulation satisfaisante entre les différentes procédures.
135. En premier lieu, elle ne règle pas le concours entre les deux procédures administratives susceptibles d'être engagées en parallèle, respectivement par l'Autorité, sur le fondement du II de l'article Lp. 441-7 du Code de commerce, et par le gouvernement, sur le fondement du V de l'article Lp. 442-6 dudit Code.
136. En deuxième lieu, elle ne fait obstacle au prononcé d'une amende administrative que lorsque l'amende civile a déjà été prononcée. Elle n'empêche donc pas l'Autorité, le gouvernement et la juridiction civile d'être simultanément saisis des mêmes faits, de conduire des mesures d'instruction distinctes et de parvenir, le cas échéant, à des appréciations divergentes.
137. Le dispositif pourrait ainsi exposer les entreprises à devoir se défendre devant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et l'Autorité à raison d'un même comportement, pouvant entraîner une mobilisation redondante des moyens d'enquête et d'instruction, ainsi qu'un risque de qualifications ou de décisions contradictoires.
138. Enfin, en ce qui concerne les autres pratiques énumérées par l'article Lp. 442-6 du Code de commerce, l'Autorité relève que l'article 4 de l'avant-projet de loi du pays institue une sanction administrative pour l'ensemble de ces pratiques, alors que celles-ci demeureraient parallèlement soumises au contentieux civil. Le projet superpose ainsi une voie administrative à un dispositif juridictionnel qui permet déjà au juge de faire cesser les pratiques, de réparer leurs conséquences et de prononcer une amende civile. En matière d'avantage sans contrepartie, la combinaison des articles 3 et 4 de l'avant-projet de loi du pays implique par ailleurs une superposition de compétences entre l'Autorité, le gouvernement et la juridiction civile.

Recommandation n° 8 : l'Autorité recommande au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de prévoir un mécanisme d'articulation des procédures administratives susceptibles d'être parallèlement mis en œuvre devant le gouvernement et devant elle en matière d'octroi d'avantages sans contrepartie, respectivement au titre de Lp. 442-6 du Code de commerce d'une part, et au titre de l'article Lp. 441-7 du même code, d'autre part.

3. Articulation de l'avant-projet de loi du pays avec les plafonds de sanction et d'autres dispositions diverses

a. Articulation des plafonds de sanction

139. L'Autorité souhaite attirer l'attention du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur certains montants d'infraction fixés différemment pour des infractions de même nature.
140. En effet, la nouvelle interdiction générale prévue au II de l'article Lp. 441-7 du Code de commerce est susceptible de recouvrir, au moins en partie, l'interdiction plus spécifique prévue au I du même article, relative à la rémunération de services de coopération commerciale ne correspondant pas à des services effectivement rendus ou manifestement disproportionnée par rapport à leur valeur, et même celle de la remise ou ristourne qui doit être fixée et justifiée par des contreparties.
141. Or, ces deux dernières pratiques sont actuellement passibles d'une amende administrative maximale de 1 000 000 F. CFP pour une personne physique et de 5 000 000 F. CFP pour une personne morale, tandis que les plafonds prévus par le nouveau II de l'article Lp. 441-7 du Code de commerce s'élèvent respectivement à 8 500 000 F. CFP et à 45 000 000 F. CFP.

142. Ces différences de plafonds de sanction pourraient être difficilement justifiables au regard de la nature des pratiques en cause.
143. L'Autorité recommande, en conséquence, d'aligner les plafonds de sanction applicables aux trois pratiques susceptibles de se recouvrir, dès lors que le maintien de plafonds différents pour des comportements susceptibles de procéder des mêmes faits ne paraît pas justifié et pourrait conduire à des différences de sanction importantes selon la qualification juridique retenue.

Recommandation n° 9 : l'Autorité recommande d'aligner les plafonds des amendes administratives applicables aux pratiques prévues à l'article Lp. 441-2-1 du Code de commerce et aux I et II de l'article Lp. 441-7 de ce même Code.

144. Au-delà de cet alignement ponctuel, les dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce prévoient des plafonds de sanction sensiblement différents selon les pratiques concernées. Cette hétérogénéité existe déjà dans les dispositions antérieures à l'avant-projet de loi du pays. Certaines infractions sont ainsi passibles d'une amende maximale de 1 000 000 F. CFP pour une personne physique et de 5 000 000 F. CFP pour une personne morale, tandis que d'autres sont assorties de plafonds plus élevés.
145. Les articles 3 et 4 de l'avant-projet de loi du pays renforcent cette hétérogénéité en prévoyant de nouvelles amendes administratives pouvant atteindre 8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale. Comme indiqué précédemment, des pratiques susceptibles de se recouvrir pourraient ainsi être soumises à des plafonds de sanction qui varient très fortement.
146. De tels écarts peuvent être justifiés par des différences tenant à la nature ou à la gravité des manquements concernés. Toutefois, ni l'exposé des motifs ni la fiche d'impact ne précisent les critères ayant conduit à retenir ces différents plafonds.
147. L'Autorité avait déjà recommandé, dans son avis n° 2025-A-04²³, d'harmoniser le montant des sanctions applicables en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence. Les nouvelles dispositions proposées rendent ce réexamen d'ensemble d'autant plus prégnant.
148. Ainsi, et afin d'assurer la cohérence et la lisibilité du dispositif répressif, l'avant-projet de loi du pays pourrait constituer une opportunité de procéder à un réexamen d'ensemble des plafonds applicables aux manquements en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence.

Recommandation n° 10 : l'Autorité recommande d'harmoniser les plafonds des amendes administratives applicables en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence ou, lorsque des plafonds différents sont maintenus, de les fonder sur des critères objectifs tenant notamment à la nature et à la gravité des manquements concernés.

149. De plus, le nouvel article Lp. 444-1-1 du Code de commerce, créé par l'article 6 de l'avant-projet de loi du pays, prévoit que le gouvernement peut enjoindre aux entreprises de se conformer aux obligations mentionnées aux articles Lp. 441-2, Lp. 441-3, Lp. 441-4 et Lp. 442-2 à Lp. 443-3 de ce même Code et sanctionner tant les manquements à ces obligations que l'inexécution des injonctions prononcées sur son fondement.
150. Toutefois, les articles Lp. 441-2 et Lp. 442-8 ne fixent aucun montant maximal d'amende administrative applicable aux manquements qu'ils définissent. Le nouvel article Lp. 444-1-1 ne détermine pas davantage le plafond de l'amende susceptible d'être prononcée par le

²³ Avis n° 2025-A-04 du 20 juin 2025 relatif à l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Livre IV), recommandation n° 13.

gouvernement à ce titre. En l'état, si cette nouvelle disposition permettrait au gouvernement d'enjoindre aux entreprises de mettre fin aux manquements aux articles Lp. 441-2 et Lp. 442-8, la portée du pouvoir de sanction administrative qu'il entend lui attribuer à l'égard de ces mêmes manquements demeure incertaine²⁴.

151. Par ailleurs, si le nouvel article Lp. 444-1-1 du Code de commerce prévoit que le gouvernement sanctionne l'inexécution des mesures d'injonction prononcées sur son fondement, il ne fixe aucun montant maximal pour l'amende administrative susceptible d'être prononcée à ce titre.
152. Le dispositif se distingue, sur ce point, de celui applicable à l'Autorité. Le VII de l'article Lp. 444-1 prévoit en effet que, lorsqu'une entreprise n'a pas déféré dans le délai imparti à une injonction qui lui a été notifiée, l'Autorité peut prononcer une amende administrative dont le montant ne peut excéder 360 000 F. CFP pour une personne physique et 1 800 000 F. CFP pour une personne morale.
153. Or, le principe de légalité des délits et des peines, applicable aux sanctions administratives ayant le caractère d'une punition, impose que le législateur détermine le montant maximal d'une sanction encourue. En l'absence d'un tel plafond, le nouvel article Lp. 444-1-1 ne permettrait pas au gouvernement d'exercer effectivement le pouvoir de sanction qui lui est attribué en cas d'inexécution d'une injonction.
154. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pourrait ainsi opportunément compléter le nouvel article Lp. 444-1-1 du Code de commerce afin de fixer le montant maximal de l'amende administrative encourue en cas d'inexécution d'une mesure d'injonction, le cas échéant par renvoi aux plafonds prévus au VII de l'article Lp. 444-1 de ce même Code.

b. Articulation avec d'autres dispositions diverses

155. Les articles 5 à 10 de l'avant-projet de loi du pays tirent les conséquences de la nouvelle répartition des compétences entre l'Autorité et le gouvernement en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence. Les articles 5 à 7 modifient les dispositions relatives aux pouvoirs d'injonction et de sanction, tandis que les articles 8 à 10 adaptent celles relatives aux pouvoirs d'enquête.
156. Indépendamment des recommandations précédemment formulées, plusieurs de ces dispositions présentent des difficultés de cohérence ou de rédaction que l'Autorité porte à l'attention du gouvernement.
157. Premièrement, aux termes de l'article 6 de l'avant-projet de loi du pays, le III du nouvel article Lp. 444-1-1 du Code de commerce renvoie à la « *procédure contradictoire fixée au IV* », alors que cet article ne comporte aucun IV. La procédure contradictoire étant organisée au II, cette référence devrait être modifiée.
158. Deuxièmement, l'article 5 de l'avant-projet abroge le VIII de l'article Lp. 444-1 de ce même Code, aux termes duquel : « [L]es documents recueillis et établis à l'occasion de la recherche et de la constatation d'un manquement ayant donné lieu à une procédure de sanction administrative ne sont communicables qu'à la personne qui en fait l'objet ou à son représentant ».

²⁴ S'agissant de l'article Lp. 442-8, cette absence de sanction administrative déterminée est sans préjudice de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe dont est pénalement punie l'utilisation irrégulière, à des fins commerciales, du domaine public ou privé de la Nouvelle-Calédonie.

159. Cette disposition protège les informations recueillies auprès des entreprises dans le cadre des enquêtes relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence, qui demeure utile pour les procédures relevant de l'Autorité.
160. Lors de son audition, la DECAT a indiqué que la modification de l'article Lp. 444-1 avait pour objet de tirer les conséquences du transfert de compétences et que l'abrogation de son VIII pouvait résulter d'un oubli.
161. L'Autorité estime qu'il pourrait donc être opportun de supprimer le 3° de l'article 5 de l'avant-projet de loi du pays afin de maintenir le VIII de l'article Lp. 444-1 du Code de commerce.
162. Troisièmement, l'article 9 de l'avant-projet de loi du pays insère dans le Code de commerce un nouvel article Lp. 450-1-1 aux termes duquel les agents mentionnés à l'article Lp. 450-1 sont tenus au secret professionnel, dans les conditions fixées par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont connaissance dans la mise en œuvre du livre IV de ce même Code. Cette disposition s'appliquerait aussi bien aux agents assermentés des services compétents de la Nouvelle-Calédonie qu'aux agents assermentés de l'Autorité.
163. S'agissant des agents de l'Autorité, cette disposition apparaît redondante avec l'article Lp. 463-6 du Code de commerce, qui les soumet déjà au secret professionnel et sanctionne la révélation des informations protégées dans les conditions prévues à l'article 226-13 du Code pénal.
164. L'Autorité invite donc le gouvernement à clarifier l'articulation du nouvel article Lp. 450-1-1 du Code de commerce avec l'article Lp. 463-6 de ce même Code afin d'éviter la coexistence de deux dispositions soumettant les agents de l'Autorité à une même obligation.

C. Coopération entre l'Autorité et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie

165. L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi du pays précise que la nouvelle répartition des compétences doit permettre aux services du gouvernement et à ceux de l'Autorité de « *mieux coopérer en fonction de leurs expertises et expériences réciproques* »²⁵.
166. Un dispositif de coopération est déjà mentionné à l'article Lp. 450-2 du Code de commerce qui dispose que « *les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports. Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente* », mais l'Autorité appelle de ses vœux que sa mise en œuvre effective soit renforcée.
167. En effet, une meilleure coopération apparaît nécessaire au regard de la nouvelle répartition et superposition de compétences proposées par l'avant-projet de loi du pays entre le gouvernement et l'Autorité. Elle l'est également dès lors que les différentes pratiques commerciales d'une entreprise ne peuvent pas toujours être examinées isolément, comme expliqué précédemment.
168. De plus, les constatations effectuées par l'une de ces institutions pourraient révéler des pratiques relevant de la compétence de l'autre sans qu'une procédure formalisée de transmission ou d'information adaptée ne soit prévue.
169. Ce défaut d'articulation pourrait être susceptible de réduire l'efficacité des contrôles, de conduire à une mobilisation redondante des moyens publics et de limiter la détection de pratiques connexes.

²⁵ Fiche d'impact relative à l'avant-projet de loi du pays portant modification du livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie).

170. En conséquence, l'Autorité estime nécessaire d'engager un travail pour permettre de renforcer la mise en œuvre effective du mécanisme de coopération actuellement prévu par l'article Lp. 450-2 du Code de commerce. Ce mécanisme devrait être adapté à la répartition des compétences retenue afin de permettre la transmission réciproque des informations, procès-verbaux et autres éléments recueillis lorsque ceux-ci révèlent des pratiques relevant de la compétence de l'autre institution, et pourrait être précisé dans le cadre de la compétence parallèle du gouvernement et de l'Autorité au titre de l'article Lp. 442-6 et Lp. 441-7 du Code de commerce pour les pratiques susceptibles de relever de l'octroi d'un avantage sans contrepartie.

Recommandation n° 11 : l'Autorité recommande au gouvernement d'engager un travail de nature à renforcer la mise en œuvre effective du mécanisme de coopération actuellement prévu par l'article Lp. 450-2 du Code de commerce en l'adaptant à la nouvelle répartition des compétences entre celle-ci et le gouvernement prévue par l'avant-projet de loi de pays.

III. Sur les modifications relatives au contrôle des structures de marché

171. En l'état du droit applicable, le III de l'article Lp. 431-5 du Code de commerce impose à l'Autorité de motiver les décisions rendues à l'issue de l'examen initial d'une opération de concentration, y compris lorsque celle-ci est autorisée sans être subordonnée à la réalisation d'engagements.
172. L'article 2 de l'avant-projet de loi du pays prévoit de supprimer cette obligation pour les décisions autorisant une opération de concentration sans engagement et de la maintenir lorsque l'autorisation est subordonnée à la réalisation effective d'engagements pris par les parties.
173. Aux termes de l'exposé des motifs, cette modification vise à simplifier et à accélérer la procédure en permettant à l'Autorité de ne plus motiver les décisions d'autorisation simples, qui ne soulèvent pas de difficulté, tout en maintenant cette obligation pour les décisions d'autorisation plus complexes comportant des engagements.
174. Le dispositif proposé reprend celui applicable à l'Autorité de la concurrence métropolitaine. Le III de l'article L. 430-5 du Code de commerce métropolitain dispose en effet que : « [l] 'Autorité de la concurrence peut : [...] soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties. » (soulignement ajouté).
175. Le Conseil d'État a confirmé qu'il résulte de ces dispositions que l'Autorité de la concurrence métropolitaine n'est pas tenue de motiver les décisions par lesquelles elle autorise une opération sans la subordonner à la réalisation d'engagements. Dans un arrêt du 3 juillet 2023, il a ainsi jugé que : « [i]l en résulte [s'agissant du III de l'article L. 430-5] que lorsque l'Autorité de la concurrence autorise une opération de concentration, dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 430-5, et sans la subordonner à la réalisation effective d'engagements pris par les parties, elle n'est pas tenue de motiver sa décision. Par suite, les deux décisions attaquées ayant été prises dans le cadre de cette procédure, et ne subordonnant pas les autorisations accordées à la réalisation effective d'engagements pris par les parties, les requérantes ne peuvent utilement soutenir qu'elles sont insuffisamment motivées. »²⁶ (soulignement ajouté).
176. L'Autorité accueille favorablement la simplification introduite par l'article 2 de l'avant-projet de loi du pays. Cette mesure est de nature à alléger et à accélérer le traitement des opérations de

²⁶ CE, 3 juillet 2023, « Société Excellence et autres » n° 440948, point 40.

concentration ne soulevant aucune difficulté concurrentielle et ne donnant lieu à aucun engagement. Elle permet notamment de concentrer les ressources de l'Autorité sur l'analyse et la motivation des décisions portant sur les opérations les plus complexes.

177. En revanche, l'article 2 de l'avant-projet de loi du pays conduit également à supprimer l'obligation de motivation des décisions par lesquelles l'Autorité constate que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ d'application des articles Lp. 431-1 (relatif à la nature de l'opération) et Lp. 431-2 du Code de commerce (relatif au franchissement des seuils de contrôle).
178. Or, une telle décision se distingue d'une décision d'autorisation simple. Elle ne repose pas sur l'absence d'atteinte à la concurrence résultant de l'opération, mais sur le constat que les conditions déterminant l'applicabilité du contrôle des concentrations ne sont pas réunies.
179. Compte tenu de la nature de cette appréciation et de ses conséquences sur l'application du dispositif de contrôle des concentrations, les parties à l'opération et les tiers doivent pouvoir connaître les considérations de droit et de fait ayant conduit l'Autorité à constater que l'opération ne relevait pas de son champ de compétence. L'obligation de motivation de ces décisions doit donc être maintenue, à l'instar du dispositif applicable aux termes de l'article L. 430-5 du code de commerce métropolitain.
180. Dans le cadre de la simplification proposée par l'article 2 de l'avant-projet de loi du pays relative à la suppression de l'obligation de motivation, l'Autorité recommande de procéder à une telle suppression à l'article Lp. 432-3 du Code de commerce concernant les décisions rendues à l'issue de l'examen initial d'une opération de commerce de détail, y compris lorsque celle-ci est autorisée sans engagement. En effet, l'article 2 de l'avant-projet de loi du pays ne prévoit pas d'allègement équivalent pour ces décisions, alors que les considérations de simplification et d'accélération de la procédure invoquées en matière de concentrations sont également applicables au contrôle des opérations de commerce de détail lorsqu'une opération ne soulève aucune difficulté concurrentielle et peut être autorisée sans engagement.
181. Cette modification apparaît cohérente avec l'exposé des motifs qui mentionne explicitement l'objectif de permettre à l'Autorité de rendre sans motivation certaines décisions d'autorisation en matière de commerce de détail.
182. Comme en matière de concentrations, cet allègement ne devrait toutefois concerner que les décisions d'autorisation simples. L'obligation de motivation doit être maintenue lorsque l'Autorité subordonne l'autorisation à la réalisation effective d'engagements pris par la partie à qui incombe l'obligation de notifier, mais également lorsqu'elle constate que l'opération notifiée n'entre pas dans le champ d'application de l'article Lp. 432-1 du Code de commerce.

Recommandation n° 12 : l'Autorité recommande de :

- modifier l'article Lp. 431-5 du Code de commerce afin de maintenir l'obligation de motivation des décisions constatant qu'une **opération de concentration** n'entre pas dans le champ d'application des articles Lp. 431-1 et Lp. 431-2 du Code de commerce ;
- modifier l'article Lp. 432-3 III du Code de commerce afin de supprimer l'obligation de motivation des décisions autorisant sans engagement une **opération de commerce de détail** ;
- en conséquence de ce qui précède, modifier l'article 2 de l'avant-projet de loi du pays comme suit : « *Le III de l'article Lp.431-5 et de l'article Lp.432-3 est modifié comme suit : 1°. Au premier alinéa, les mots « , par décision motivée » sont supprimés ; 2°. Au deuxième alinéa, après le mot « constater » sont insérés les mots « , par décision motivée, » ; 3°. Au*

troisième alinéa, après le mot « éventuellement », sont insérés les mots « , par décision motivée ».

IV. Autres modifications procédurales

183. La dernière série de dispositions de l'avant-projet de loi du pays apporte diverses modifications aux procédures mises en œuvre par l'Autorité. Celles-ci concernent le traitement des saisines et l'exercice de ses pouvoirs (A), les garanties applicables à la procédure contentieuse (B), la coopération de l'Autorité avec les autres institutions (C) ainsi que les suites données aux procédures et à ses décisions (D).

A. Le traitement des saisines et l'exercice des pouvoirs de l'Autorité

1. Le rejet des saisines pour défaut de priorité

184. L'article 19 de l'avant-projet de loi du pays complète l'article Lp. 462-8 du Code de commerce afin de permettre à l'Autorité de rejeter une saisine relative à des pratiques anticoncurrentielles ou à des pratiques restrictives de concurrence, ou encore de clôturer une affaire dont elle s'est saisie d'office, lorsqu'elle ne la considère pas comme une priorité *« au regard des orientations générales définies par son président »*.
185. Cette procédure confère à l'Autorité une faculté d'appréciation de l'opportunité de poursuivre l'examen d'une affaire. Elle lui permet de concentrer ses ressources sur les pratiques présentant les enjeux concurrentiels les plus importants, compte tenu notamment de leur gravité, de leur ampleur, des secteurs concernés et de la nécessité de préserver l'efficacité de son action.
186. Une faculté analogue a été introduite, en métropole, au premier alinéa de l'article L. 462-8 du Code de commerce métropolitain. Cette disposition permet à l'Autorité de la concurrence métropolitaine de rejeter une saisine lorsqu'elle ne la considère pas comme une priorité, sans rattacher cette appréciation aux seules orientations définies par son président.
187. L'Autorité accueille favorablement l'introduction de cette procédure, qui devrait favoriser une meilleure allocation de ses ressources. Elle relève toutefois que la rédaction proposée limite les critères susceptibles d'être pris en considération en rattachant le défaut de priorité aux orientations générales définies par le seul président. A titre d'exemple, les critères retenus par l'Autorité de la concurrence métropolitaine vont bien au-delà des orientations définies par le collège ou le président²⁷.
188. Il apparaît donc préférable de retenir une formulation générale, inspirée du droit métropolitain, laquelle permettrait de préciser ultérieurement les critères d'appréciation du défaut de priorité, le cas échéant dans le cadre d'un communiqué, afin d'assurer la prévisibilité et la transparence de la mise en œuvre de cette faculté, sans rigidifier son exercice dans la loi.

Recommandation n° 13 : l'Autorité recommande de modifier l'article 19 de l'avant-projet de loi du pays afin de supprimer les mots *« au regard des orientations générales définies par son président »*.

²⁷ Voir communiqué de l'ADLC du 20 octobre 2022 relatif à la mise en œuvre du rejet pour défaut de priorité par l'Autorité de la concurrence, lequel retient quatre critères pour rejeter une saisine pour défaut de priorité : la gravité de la pratique dénoncée ; l'envergure de l'affaire et ses enjeux économiques ; la nécessité de clarifier une question d'ordre juridique ou économique pour éclairer les parties prenantes ; le caractère stratégique de l'intervention de l'Autorité dans l'affaire.

2. L'autosaisine aux fins de prononcé de mesures conservatoires

- 189. L'article 25 de l'avant-projet de loi du pays modifie l'article Lp. 464-1 du Code de commerce afin de permettre à l'Autorité de se saisir d'office aux fins de prononcé de mesures conservatoires, sans attendre la présentation d'une demande par une entreprise ou un autre organisme habilité.
- 190. L'article L. 464-1 du Code de commerce métropolitain prévoit de la même façon que, de sa propre initiative, l'Autorité peut prendre des mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires.
- 191. L'Autorité accueille favorablement cette faculté, qui renforcera sa capacité à intervenir rapidement lorsqu'une pratique est susceptible de porter une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

3. La clarification de la procédure de non-lieu

- 192. L'article 26 précise la procédure applicable lorsque, au terme de l'instruction, aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence n'est établie et qu'un non-lieu est susceptible d'être prononcé sur le fondement de l'article Lp. 464-6 du Code de commerce.
- 193. Le texte permettrait aux parties mises en cause de consulter le dossier et de présenter leurs observations, comme le peuvent déjà l'auteur de la saisine et le commissaire du gouvernement.
- 194. L'Autorité accueille favorablement cette modification, qui clarifie le déroulement de la procédure et renforce son caractère contradictoire en permettant à l'ensemble des parties concernées de prendre connaissance des éléments sur lesquels la décision de non-lieu est susceptible de reposer.

B. Les garanties applicables à la procédure contentieuse

1. La consécration de la liberté de la preuve

- 195. L'article 21 de l'avant-projet de loi du pays complète l'article Lp. 463-1 du Code de commerce afin de préciser que les pratiques dont l'Autorité est saisie peuvent être établies par tout mode de preuve.
- 196. Cette disposition consacre dans le Code de commerce le principe de liberté de la preuve applicable en droit de la concurrence. Elle reprend la précision introduite dans le Code de commerce de l'Etat par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021²⁸.
- 197. L'Autorité accueille favorablement cette clarification. La liberté de la preuve demeure toutefois soumise au respect des règles relatives à la loyauté et à la licéité de son obtention ainsi qu'au principe du contradictoire.

2. L'information relative au droit de se taire

- 198. Il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser et que toute personne faisant l'objet d'une procédure susceptible de

²⁸ Ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

conduire au prononcé d'une sanction ayant le caractère d'une punition bénéficie du droit de se taire.

199. Le Conseil constitutionnel a progressivement précisé la portée de ce droit dans les procédures de sanction mises en œuvre par les autorités administratives indépendantes. Il a notamment jugé que la personne mise en cause devait être informée de son droit de se taire lorsqu'elle est entendue par l'organe appelé à prononcer une sanction, dès lors que ses déclarations sont susceptibles d'être utilisées à son encontre²⁹.
200. Les articles 22 et 24 de l'avant-projet de loi du pays tirent les conséquences de cette jurisprudence aux différents stades de la procédure suivie devant l'Autorité. L'article 22 complète l'article Lp. 463-2 du Code de commerce au titre de la phase d'instruction, tandis que l'article 24 modifie l'article Lp. 463-7 au titre de la séance devant le collège.
201. L'Autorité accueille favorablement ces dispositions, qui mettent la procédure de sanction en conformité avec les exigences constitutionnelles relatives au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

3. La protection de l'identité des personnes et l'anonymisation des pièces

202. Les personnes qui signalent à l'Autorité des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence, comme celles qui témoignent au cours de l'instruction, peuvent être exposées à des risques de représailles économiques ou à une dégradation de leurs relations commerciales. Ces risques présentent une acuité particulière dans un territoire insulaire caractérisé par l'étroitesse des marchés et l'imbrication des relations économiques.
203. L'article 23 de l'avant-projet de loi du pays modifie l'article Lp. 463-4 du Code de commerce afin de permettre l'occultation de l'identité de certaines personnes ainsi que l'anonymisation des témoignages et des pièces versés au dossier.
204. L'Autorité accueille favorablement cette modification, qui sécurise le recueil des signalements et des témoignages nécessaires à la détection des pratiques. Sa mise en œuvre devra néanmoins assurer une conciliation entre la protection des personnes concernées et l'exercice effectif des droits de la défense. L'anonymisation ne saurait notamment priver les parties mises en cause de la possibilité de discuter utilement la teneur, la portée et la valeur probante des éléments retenus à leur encontre.

C. La coopération de l'Autorité avec les autres autorités administratives indépendantes

205. L'article 20 de l'avant-projet de loi du pays élargit le champ des autorités avec lesquelles l'Autorité peut coopérer. En France, cet article ne limiterait plus cette coopération à l'Autorité de la concurrence métropolitaine, mais permettrait également des échanges avec l'Autorité polynésienne de la concurrence et éventuellement les autorités compétentes en matière de concurrence d'autres collectivités territoriales françaises si celles-ci étaient créées.
206. L'Autorité accueille favorablement cette évolution qui permet de faciliter la coopération avec l'Autorité polynésienne de la concurrence.
207. La rédaction proposée demeure toutefois incomplète. En effet, le 1^o de l'article 20 ajoute les mots « ou collectivités » au seul cinquième alinéa de l'article Lp. 462-9. Afin d'assurer la cohérence du dispositif et de permettre sa pleine application aux autorités de concurrence des autres collectivités, les premier et troisième alinéa devraient être modifiés dans le même sens.

²⁹ Cons. const., n° 2025-1164 QPC, 26 septembre 2025.

208. Afin que l'élargissement recherché produise pleinement ses effets, il convient donc d'harmoniser l'ensemble des alinéas concernés et de vérifier que chacune des modalités de coopération prévues peut être mise en œuvre à l'égard des autorités de concurrence de l'État comme de celles des autres collectivités.

Recommandation n° 14 : l'Autorité recommande de modifier l'article 20 de l'avant-projet de loi du pays afin d'étendre ses dispositions aux premier et troisième alinéa de l'article du Code de commerce concerné et d'harmoniser, dans l'ensemble de cet article, la désignation des autorités de concurrence avec lesquelles elle peut coopérer.

D. Les suites données aux procédures et aux décisions

1. La clarification du pouvoir de transiger de l'Autorité

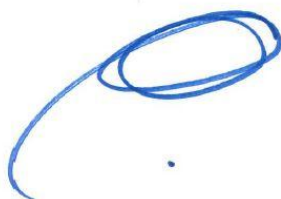
209. L'article 28 de l'avant-projet de loi du pays précise que l'Autorité dispose du pouvoir de transiger pour les infractions relevant de son domaine de compétence.
210. L'Autorité accueille favorablement cette clarification, qui lève toute ambiguïté sur l'autorité compétente pour proposer et conclure une transaction portant sur les infractions dont elle assure le contrôle. Cette disposition contribue ainsi à la sécurité juridique des procédures concernées.

2. L'extension de la publication des décisions de l'Autorité

211. L'article 27 de l'avant-projet de loi du pays modifie le II de l'article Lp. 465-1 du Code de commerce, qui détermine les décisions de l'Autorité devant être publiées sur son site Internet.
212. Il étend cette obligation de publication aux décisions relatives aux dérogations accordées en matière de contrôle des opérations de concentration sur le fondement de l'article Lp. 431-4 du Code de commerce, ainsi qu'aux décisions d'injonction et de sanction administrative prononcées sur le fondement de l'article Lp. 444-1.
213. L'Autorité accueille favorablement cette extension, qui renforce la transparence de son action et permet aux opérateurs économiques de mieux connaître les conditions dans lesquelles elle met en œuvre ses pouvoirs. La publication de ces décisions contribue également à la prévisibilité de sa pratique décisionnelle, sous réserve de la protection des secrets d'affaires et des autres informations légalement protégées.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Sophie Charlot, rapporteure générale, M. Joseph Courme, rapporteur, par M. Stéphane Retterer, président, M. Walid Chaiehloudj, vice-président, et M. Jérémy Bernard et Mme Amelie Chung, membres de l'Autorité.

Le secrétaire de séance



Grégory Beaufils

Le président



Stéphane Retterer

