

Résumé

L'auto-saisine de l'Autorité sur l'opportunité de moderniser la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie trouve son origine dans les constatations qu'elle a réalisées dans le cadre de son précédent avis du 11 juin 2018 relatif au prix du riz blanc « Jasmin ». En effet, étant donné les dysfonctionnements concurrentiels constatés sur ce marché monopolistique, protégé par un quota jamais réévalué depuis 1997, l'Autorité a souhaité mener une réflexion générale sur le dispositif des protections de marché afin d'inciter, le cas échéant, le gouvernement à le moderniser dans un sens plus compatible avec le droit de la concurrence.

Dans un premier temps, l'Autorité a examiné la réglementation sur les protections de marché en vigueur. Elle a ainsi observé qu'il existe une volonté politique ancienne de protéger l'agriculture locale afin de maintenir une population agricole, en particulier en brousse et dans les îles Loyauté, et d'améliorer le taux d'autosuffisance alimentaire de la Nouvelle-Calédonie. Depuis trente ans, les pouvoirs publics se sont également orientés vers la protection d'une industrie de production et de transformation locale. Finalement, la réglementation sur les protections de marché a contribué à façonner le modèle de développement économique atypique de la Nouvelle-Calédonie, largement protégé de la concurrence internationale.

La situation géographique de la Nouvelle-Calédonie forme une barrière naturelle lui permettant de se prémunir de l'environnement extérieur mais constitue un surcoût indéniable en raison de son degré d'éloignement relatif des pôles urbains et commerciaux. Parallèlement à ces facteurs exogènes, les entreprises locales et en particulier celles relevant du secteur industriel sont soumises à des contraintes liées à l'étroitesse du marché intérieur (environ 278 000 habitants), ne permettant pas aux producteurs de générer des volumes de production suffisants en vue de dégager des économies d'échelle, ce qui réduit leur compétitivité. Pour autant, la Nouvelle-Calédonie a connu une très forte croissance entre 1960 et 2012 grâce à un double phénomène de rente fondé sur l'industrie minière et les transferts métropolitains. Cette situation lui a permis de protéger son tissu productif agricole et industriel et d'évoluer telle une « économie sous serre ». Ainsi, les secteurs de l'économie exposés à la concurrence internationale, représentant près de 40 % du PIB au milieu des années 70 n'en représentent plus que 13 %, le secteur des services ayant pris le relais de la croissance et la production agricole et industrielle locale étant largement protégées des importations. Protégée de la concurrence extérieure, la Nouvelle-Calédonie l'est également sur ses marchés intérieurs, peu concurrentiels car fortement concentrés, ce qui contribue à un phénomène de « vie chère », que renforcent les protections de marché.

Ce modèle de développement économique endogène a éloigné la Nouvelle-Calédonie du système de libre-échange international vis-à-vis duquel elle se trouve dans une position ambiguë. Alors que la collectivité est en principe soumise aux règles du GATT/OMC, qui prônent l'élimination des barrières quantitatives et la réduction des barrières tarifaires à l'importation, les objectifs de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 *relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie*, ne semblent pas *a priori* rentrer dans le champ des dérogations autorisées. Pour autant, son statut juridique *sui generis* de même que son faible poids dans les échanges mondiaux limitent le risque contentieux et lui permettent, en revanche, de profiter de sa qualité de Pays et Territoire d'outre-mer (PTOM) pour maintenir ou établir des protections de marché à l'égard des produits originaires de l'Union européenne.

La délibération n° 252 vise à garantir le développement des filières agricoles et industrielles locales. Elle autorise soit des mesures quantitatives (de suspension ou de contingentement) soit des mesures tarifaires, pour empêcher ou limiter les importations. Malgré des objectifs variés et des critères d'analyse des demandes de protection de marché bien identifiés mais non hiérarchisés, elle repose sur une procédure d'instruction des dossiers par les services du gouvernement qui doit donner lieu à un arbitrage collégial au sein du Comité du commerce extérieur (COMEX). Or, la durée de la procédure, la composition et le fonctionnement du COMEX posent des difficultés importantes, les avis de ce Comité n'étant d'ailleurs pas toujours suivis. De plus, les protections accordées, en principe pour cinq ans, sont renouvelées sans limitation ni évaluation. Enfin, l'introduction récente de contreparties demandées aux producteurs locaux à travers des contrats de performance à l'initiative du 14^e gouvernement de M. Philippe Germain repose sur une assise juridique incertaine et reste à ce jour très limitée. Ceci justifie donc une profonde réforme du dispositif.

La délibération n° 252 traduit le résultat d'un arbitrage entre production locale et emplois, censés être préservés ou augmentés grâce à la mise en place d'obstacles aux importations, et libre concurrence, naturellement entravée du fait de ces mêmes barrières.

Elle porte donc nécessairement atteinte à la liberté d'entreprendre de sorte que le législateur calédonien devra veiller à ce que les objectifs qu'il poursuit, dans le cadre d'un futur projet de loi du pays, soient proportionnés à l'atteinte portée à cette liberté garantie par la Constitution.

Toute la problématique de la pertinence économique d'une réglementation sur les protections de marché en Nouvelle-Calédonie dépend donc de l'évaluation de l'impact de la mesure de protection envisagée sur le surplus global (encore appelé « progrès économique ») en vérifiant systématiquement ses effets sur le surplus des producteurs locaux concernés mais également sur celui des autres producteurs locaux et d'autres acteurs économiques, à commencer par les consommateurs mais également les importateurs, les distributeurs-grossistes et les commerçants.

L'analyse concurrentielle de la réglementation des protections de marché en Nouvelle-Calédonie montre qu'elle n'élimine ou ne restreint qu'une forme de concurrence, celle des produits importés. Les producteurs locaux interrogés par l'Autorité relèvent que différentes difficultés ou spécificités de la Nouvelle-Calédonie imposent de prévoir ces mesures : les surcoûts subis par les entreprises calédoniennes, le pouvoir de marché des distributeurs-grossistes, la nécessité de valoriser la « filière locale » et de favoriser l'emploi, et enfin la lutte contre les politiques de « dumping à l'export ». La nécessité de contrebalancer les contraintes de l'économie calédonienne conduirait donc à reconnaître l'objectif de progrès économique inhérent aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie.

L'Autorité observe néanmoins qu'il n'est pas établi que le dispositif des protections de marché conduise dans les faits à une allocation optimale des ressources, du moins de manière générale et systématique. Elle rejoint ainsi la position exprimée par l'Autorité métropolitaine de la concurrence en 2012 et par différents experts économiques ayant étudié le fonctionnement de l'économie calédonienne.

Les effets anticoncurrentiels des protections de marché ont déjà été évoqués et démontrés par le passé mais l'instruction a permis d'approfondir les constatations opérées en distinguant les risques encourus selon la nature de la mesure de protection envisagée (STOP, quota, barrières tarifaires...) et le degré d'intensité concurrentielle sur les marchés locaux concernés.

L'Autorité constate que les mesures de restriction quantitative limitent nécessairement l'activité des importateurs-grossistes et des centrales d'achat, les sources d'approvisionnement des professionnels et des consommateurs, en particulier lorsque le marché est très concentré (effet limitatif).

Elle constate également que, l'octroi d'une protection quantitative accroît nécessairement le pouvoir de marché des producteurs locaux, qui, du fait de l'éloignement géographique du territoire, est déjà prépondérant (effet isolationniste). L'Autorité souligne dans ce cadre le risque « d'abus d'exploitation » qui pèse sur un producteur local, placé en position dominante (et plus encore en monopole) du fait de la mesure de protection. Il a, en effet, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur les marchés, notamment en pratiquant à l'égard de ses partenaires économiques des prix inéquitables. Pour autant, sa capacité à abuser de sa position sur le marché dépendra de l'intensité de la concurrence sur ce marché et de la puissance de marché des autres acteurs, en particulier des distributeurs.

L'Autorité observe également que les contingentements (ou quotas) conduisent à augmenter les prix des produits importés. En effet, outre un comportement de ruée vers des produits très demandés mais trop rares, les importateurs distributeurs peuvent choisir de privilégier les produits haut de gamme pour satisfaire la partie de la demande la plus aisée, peu élastique au prix, au détriment des consommateurs les plus pauvres (effet inflationniste).

Les restrictions quantitatives conduisent inévitablement à réduire la diversité des produits offerte aux consommateurs comme aux professionnels locaux, ce qui s'avère particulièrement grave quand la restriction porte sur un tarif douanier large comprenant des produits non fabriqués localement, ou lorsque les volumes produits localement sont insuffisants pour satisfaire la demande (effet d'éviction).

Les modalités de répartition des quotas prévues par la délibération n° 252 vient aussi figer la concurrence entre les importateurs et distributeurs puisque le système actuel défavorise les nouveaux entrants lors de l'octroi des quotas individuels. De plus, les importateurs-distributeurs qui auraient fait le choix une année N de privilégier l'écoulement de produits locaux sont pénalisés l'année N+1 puisqu'ils bénéficieront nécessairement d'un quota plus faible que les distributeurs-grossistes ayant choisi de se focaliser sur l'import, au détriment de la valorisation d'une logique de « filière locale ».

Les restrictions quantitatives peuvent également entraîner des comportements de contournement de la législation susceptibles de renchérir les prix ou limiter la propension des producteurs locaux à innover ou améliorer la

qualité des produits, notamment pour des produits « STOP » sur un marché monopolistique ou oligopolistique (effet de contournement).

Concernant les barrières tarifaires, l'Autorité souligne qu'elles ont les mêmes effets sur les prix des produits importés, et qu'elles peuvent également renchérir les prix des produits locaux si les producteurs et distributeurs locaux ont intérêt à augmenter artificiellement leurs prix, en les fixant à un niveau juste inférieur à celui des produits importés taxes incluses. En outre, en limitant la pression concurrentielle, les barrières tarifaires désincitent les entreprises locales à améliorer la qualité de leurs produits ou leur productivité. Néanmoins, elles apparaissent moins attentatoires à la concurrence en ce qu'elles n'interdisent pas les importations et réduisent moins le choix des consommateurs, engendrent des recettes budgétaires et favorisent l'écoulement prioritaire des produits locaux normalement moins chers.

L'Autorité relève que les consommateurs calédoniens regrettent les effets anticoncurrentiels des protections de marché, en particulier des mesures de suspension (79,9 % d'avis défavorables au STOP). La consultation publique lancée par l'Autorité a ainsi permis de constater que si la majorité des 708 répondants est sensible au soutien de l'industrie locale et au développement de l'emploi local, elle n'est pas prête à payer un produit local plus de 5 % plus cher qu'un produit importé et 37,5 % refusent même le moindre surcoût.

L'Autorité considère que toutes les mesures de protection de marché sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels mais les plus attentatoires à la concurrence sont les mesures de suspension (STOP ou SHUE), suivies des mesures de contingentements (QTOP, QUE, QHUE) et enfin des barrières tarifaires. Les risques sont toutefois limités lorsque le marché local est lui-même concurrentiel (marché atomisé) alors qu'ils sont croissants lorsque la mesure concerne un marché oligopolistique ou monopolistique. Elle estime donc opportun d'évaluer systématiquement le bénéfice coût/avantages de la transformation des barrières quantitatives en barrières tarifaires pour tendre progressivement à leur élimination.

Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat admettent des atteintes à la liberté d'entreprendre, lorsque celles-ci sont justifiées par un objectif d'ordre public, y compris en matière économique. Les deux hautes instances ont eu l'occasion de se prononcer sur des textes calédoniens, et ont admis notamment la constitutionnalité de certaines mesures temporaires et exceptionnelles en matière de réglementation des prix, l'objectif de baisse des prix et de protection du pouvoir d'achat des consommateurs étant susceptibles de justifier une atteinte à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel a également admis le monopole d'importation confié à l'OCEF malgré la restriction à la liberté d'entreprendre qu'il entraîne au motif qu'il s'agissait « *d'un complément nécessaire du service public* » pour satisfaire la demande « *dans toutes les provinces y compris les territoires les plus reculés* ». Cette décision du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la même logique que celle justifiant la possibilité pour les Etats membres, au sein de l'Union européenne, de déroger aux règles de la concurrence, pour confier un droit d'exclusivité à un opérateur public ou privé afin d'accomplir un « *service d'intérêt économique général* » à des conditions économiques acceptables, admettant ainsi la possibilité de lui verser une compensation financière malgré le principe d'interdiction des aides d'Etat. Or, l'Autorité ne peut que constater que l'octroi de protection de marché à des opérateurs privés en Nouvelle-Calédonie ne s'inscrit pas dans le cadre de cette jurisprudence. Les opérateurs concernés ne sont pas tenus d'accomplir une mission de service public, ou plus largement un service d'intérêt économique général, justifiant une dérogation aux règles de la concurrence et au principe de la liberté d'entreprendre.

Pour autant, la réglementation des protections de marché poursuit d'autres objectifs d'intérêt général tenant au développement économique de la Nouvelle-Calédonie et à la promotion de l'emploi considérés par le gouvernement comme supérieurs aux règles de la concurrence. S'il ne revient pas à l'Autorité de la concurrence de prendre parti sur de tels choix de politiques économiques, elle a souhaité formuler des recommandations au gouvernement, pour minimiser les risques d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et rendre le dispositif des protections de marché plus compatible avec l'impératif de concurrence, ces précautions ayant pour finalité une baisse des prix.

Compte tenu de leurs effets anticoncurrentiels, l'Autorité préconise de n'utiliser les protections qu'en « ultime recours » pour parvenir à l'objectif de progrès économique poursuivi. Elle souligne qu'il existe une graduation possible dans le choix des protections de marché en fonction de l'intensité de la concurrence sur les marchés locaux et préconise donc de rechercher, pour chaque cas, si d'autres mesures de soutien public ne peuvent pas être privilégiées et, dans la négative, de retenir la mesure de protection la moins attentatoire à la libre concurrence si les critères d'octroi sont réunis.

Récapitulatif des recommandations

1. Sur la nature et les conditions d'octroi d'une protection de marché

1.1. Limiter l'instauration de restrictions à l'importation au champ des dérogations prévues par l'accord GATT/OMC et maintenir le principe de non-cumul des barrières tarifaires et quantitatives

☛ Limiter l'instauration de mesures restrictives à l'importation de nature quantitative ou tarifaire au champ des dérogations prévues par les accords GATT/OMC, et notamment celles relevant de la protection de la santé ou de l'environnement ou celles qui s'avèrent nécessaires pour l'application de normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international.

☛ Maintenir le principe de non-cumul des barrières quantitatives et tarifaires sur un même produit conformément à l'accord d'association UE/ PTOM

1.2. Des objectifs à préciser et des conditions d'octroi visant la réalisation d'un progrès économique qui pourraient s'inspirer du dispositif prévu à l'article Lp. 421-4 du code de commerce

☛ inscrire explicitement dans le projet de loi le fait que la protection de marché ainsi accordée doit contribuer à la « création d'emploi » et à la structuration des filières de production.

☛ Apprécier l'opportunité d'une mesure de protection de marché en se référant à la grille d'analyse mentionnée à l'article Lp. 421-4 du code de commerce et donc modifier la réglementation pour prévoir que : « *La mise en place d'une mesure de protection de marché doit permettre d'assurer un progrès économique et réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».

☛ Solliciter du demandeur qu'il démontre que les quatre conditions posées par cette disposition sont cumulativement remplies :

- 1) la mesure de protection de marché contribue directement au « progrès économique » ;
- 2) elle réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte ;
- 3) elle ne permet pas aux entreprises du secteur protégé d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés ;
- 4) elle est indispensable pour parvenir au progrès économique attendu.

1.3 Privilégier systématiquement les mesures normatives ou tarifaires aux mesures quantitatives

☛ Maintenir dans une future loi du pays le caractère alternatif des mesures quantitatives et des mesures tarifaires afin de se conformer à l'accord d'association PTOM/UE et d'écarter un risque d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre

☛ S'engager dans une « revue générale des protections de marché » destinée à supprimer ou transformer les mesures quantitatives en mesures tarifaires dès lors que leur maintien ne s'avère plus pertinent

☛ Engager en priorité une révision des protections de marché accordées aux produits de première nécessité, en particulier dans le contexte actuel de lutte contre la vie chère, et les supprimer progressivement si elles n'ont pas permis une baisse des prix

☛ Transformer les restrictions quantitatives en restrictions tarifaires pour des marchés de taille réduite, et pour les marchés plus importants, procéder, pendant une période transitoire, à des appels d'offres pour l'attribution des quotas en supprimant progressivement les interdictions d'importation non justifiées

1.4 Mettre à la charge du demandeur la démonstration de la pertinence de la mesure de protection demandée et des gains d'efficience attendus

☛ Imposer au demandeur de la protection de marché de justifier que la mesure de protection de marché va produire des gains d'efficience quantifiables et vérifiables

➡ Imposer au demandeur ayant la qualité de « transformateur » de démontrer que son activité présente un taux d'ouvroison suffisant et saisir pour avis la Direction des douanes et le comité des productions locales (à rétablir)

➡ Imposer au demandeur de décrire le marché pertinent afin que le service instructeur puisse rapidement procéder à un « test de marché » auprès des tiers intéressés

1.4 Imposer au demandeur de présenter, au dépôt de la demande, des engagements quantifiables et vérifiables, spécifiques à la demande de protection de marché qui réservent à la filière locale et aux consommateurs une partie équitable du profit résultant de la protection

➡ A la place des contrats de performance, introduire à l'instar de la procédure de contrôle des concentrations, une disposition exigeant dès le dépôt de la demande de protection de marché, des engagements structurels ou comportementaux de la part du demandeur, pour la durée de la protection accordée, lesquels seraient constatés par arrêté

➡ Prévoir dans la loi du pays une disposition selon laquelle *« le demandeur prend toute mesure propre à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être des consommateurs liées à la mesure de protection demandée. »*,

➡ Préciser dans la loi du pays que les engagements doivent être 1) efficaces, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être du consommateur ; 2) quantifiables et vérifiables ; 3) spécifiques à la demande de protection de marché et 4) rapides à mettre en œuvre

2. Sur la durée d'une protection de marché et son renouvellement

2.1 Inscrire le caractère temporaire de la protection de marché sans fixer de durée légale

➡ Ne pas fixer de durée légale mais consacrer le caractère temporaire de la protection de marché accordée en privilégiant un examen au cas par cas, la durée actuelle de 5 ans n'étant pas toujours adaptée

➡ Faire correspondre la durée des engagements susceptibles d'être pris sur la durée de la protection accordée

2.2 Interdire le renouvellement automatique de la protection de marché en faisant peser la charge de la preuve de sa nécessité sur l'entreprise ou la filière

➡ Exclure le renouvellement tacite, une protection de marché étant par principe temporaire

➡ Concernant la nécessité de renouveler la protection, faire peser la charge de la preuve de sa nécessité exclusivement sur le demandeur

➡ Prévoir une caducité automatique de la mesure de protection à l'issue du délai pour lequel elle a été initialement accordée

➡ Traiter la demande de renouvellement selon la même procédure qu'une demande de protection initiale avec des exigences supplémentaires tenant à l'évaluation de l'efficacité de la mesure de protection accordée à l'origine

2.3 Autoriser l'entreprise, la filière ou l'administration à demander une réévaluation du niveau du contingentement ou de la barrière tarifaire

➡ Permettre de réviser le niveau de la protection de marché accordée afin de pouvoir tenir compte de l'évolution du marché ou de la survenance d'un événement exceptionnel (suspendre la mesure de protection en cas d'événement exceptionnel ou la supprimer si les motifs qui ont conduit à son attribution ont disparu)

➡ Rétablir la mission de veille économique de la DAE

3. Sur la procédure d'instruction des demandes de protection

➡ encadrer l'instruction de la demande sur le modèle de la procédure de contrôle des concentrations,

3.1 La procédure en cas de demande d'une protection quantitative

➡ Privilégier l'une des deux procédures suivantes :

– soit, considérer que la mesure impacte la concurrence et confier en conséquence à l'ACNC l'examen de la demande, de son dépôt jusqu'à la décision, en laissant la possibilité au gouvernement d'évoquer la décision de l'Autorité pour d'autres motifs précis

– soit, considérer que l'attribution de la protection répond à des considérations de politique économique qui dépassent la mission de l'Autorité et confier l'instruction de la demande à la DAE, en maintenant une consultation obligatoire de l'ACNC selon une procédure rénovée plus efficiente et transparente :

- ✓ publication d'un communiqué au dépôt officiel de la demande de protection,
- ✓ dès réception complète du dossier, le transmettre pour information à l'Autorité
- ✓ maintien du COMEX sous réserve d'une modification de sa composition pour une meilleure représentativité des acteurs économiques, qui rendrait, après un vote secret, un avis simple et motivé au gouvernement, ayant vocation à être rendu public
- ✓ adoption par le gouvernement d'un projet d'arrêté transmis pour avis à l'Autorité avec un dossier complet et un délai raisonnable qui ne serait pas inférieur à 40 jours

3.2 La procédure en cas de demande d'une protection impactant les recettes fiscales

➡ Solliciter l'autorisation du congrès pour une demande de protection impactant les recettes fiscales ou un projet de transformation d'une barrière tarifaire en barrière quantitative

➡ A défaut, informer *a minima* la commission de la législation et de la réglementation économique et fiscale de la protection demandée en lui présentant une étude d'impact sur les recettes fiscales

3.3. La nécessaire réforme de la procédure d'obtention des dérogations

➡ confier la décision d'obtention ou non d'une dérogation au service instructeur, après consultation obligatoire des producteurs locaux pour avis simple.

4. Sur la méthode de fixation des quotas et de répartition des quotas

4.1 Déterminer le niveau des quotas en fonction de la réalité des besoins et de la capacité de la production locale à y répondre

➡ Cas n° 1 : Face à une nouvelle demande impliquant la création d'une nouvelle sous-position douanière, l'Autorité recommande de procéder en deux temps : 1) après un test de marché et avoir vérifié la faisabilité du contrôle de la nouvelle sous position douanière, adopter une délibération du congrès procédant à la création de la sous-position douanière ; 2) laisser un délai de six mois à un an entre la création de la nouvelle sous-position douanière et la fixation de la mesure de contingentement pour évaluer la quantité réelle des importations du produit concerné et la capacité de la production locale à s'y substituer

➡ Cas n° 2 : Lorsqu'il s'agit d'un quota attribué de longue date, procéder à une réévaluation régulière de son niveau afin de prendre en considération les besoins réels du marché et la capacité effective de la production locale pour y répondre

➡ Maintenir la possibilité de procéder à une réévaluation annuelle du niveau du quota, après avoir obligatoirement recueilli les observations des producteurs locaux, et *a minima* prévoir une clause de rendez-vous à mi-parcours de la durée pour laquelle la protection a été accordée

4.2 Favoriser la concurrence entre les acteurs locaux lors de la répartition des quotas

➡ Définir une procédure d'octroi des contingents d'importations plus transparente et plus favorable à la concurrence entre importateurs (qu'ils soient grossistes ou non)

➡ Définir une nouvelle méthode de répartition des quotas avec deux méthodes alternatives ou cumulatives : soit par l'instauration d'un système d'attribution de licence sur la base d'appel d'offres, soit par l'introduction d'une nouvelle formule de répartition (1. priorité donnée aux nouveaux entrants pour demander des quotas dans un

calendrier donné à hauteur de 25 % du quota global ; 2. reliquat non utilisé basculé dans le quota global ; 3. Répartition du quota global en tenant compte d'un critère lié à la part de la production locale distribuée ou commercialisée par l'importateur l'année n-1 et d'un critère lié au quota réellement consommé / quota attribué pour l'année n-1.)

➡ Publier sur le site internet de la DAE ou de la DRDNC les volumes de quotas attribués à chaque opérateur ainsi que les volumes réellement consommés l'année n-1

4.3 Interdire les effets d'aubaine dans les groupes congloméraux

➡ Interdire à toute entreprise appartenant à un groupe dans lequel une des filiales est producteur local et bénéficie d'une protection, d'être attributaire d'un quota

5. Sur le suivi des engagements proposés par l'entreprise ou la filière en contrepartie de la protection de marché et leur suivi

5.1 Confier le contrôle de la mise en œuvre des engagements au service ayant instruit la demande de protection de marché

➡ Confier un suivi des engagements régulier au service d'instruction des demandes (ACNC ou DAE) qui apprécierait leur bonne exécution sur la base d'un rapport transmis annuellement par l'entreprise bénéficiaire de la mesure de protection

➡ Publier sur internet une version non-confidentielle des engagements souscrits permettant ainsi aux tiers d'alerter le service compétent en cas de non-respect d'un engagement

5.2 Sanctionner le non-respect des engagements pris en allant jusqu'à la suppression de la mesure de protection de marché

➡ Si l'Autorité est chargée de l'instruction et du suivi des engagements : mettre en place une procédure d'instruction similaire à celle applicable aux concentrations en cas de non-respect des engagements

➡ Si la DAE est chargée de l'instruction et du suivi des engagements, prévoir une saisine obligatoire de l'Autorité pour avis fondée sur une procédure contradictoire. L'avis de l'Autorité serait rendu dans un délai de trois mois à compter de la saisine.

➡ S'agissant de la nature des sanctions, prévoir lorsqu'un opérateur est seul sur le marché de supprimer la protection à titre de sanction, et lorsque plusieurs entreprises bénéficient de la mesure, d'appliquer une sanction pécuniaire à la seule entreprise fautive ou de procéder au retrait automatique du bénéfice de la mesure de protection pour l'ensemble du secteur.



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

RECOMMANDATION n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018

**visant à la modernisation de la réglementation
relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie**

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

Vu la décision de saisine d'office n° 2018-SO-02 du 11 juin 2018, enregistrée sous le numéro 18/0007 A par laquelle l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « l'Autorité ») s'est saisie d'office, sur le fondement de l'article Lp. 462-4 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie (ci-après, le « code de commerce »), sur l'opportunité de moderniser la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie ;

Vu les saisines du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le gouvernement ») par lesquelles ce dernier sollicite l'avis de l'Autorité, sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du code de commerce, sur les avis du Comité du commerce Extérieur (ci-après, le « COMEX ») réuni le 28 juin 2018, concernant les nouvelles demandes de protections de marché déposées respectivement par la SARL Metal Industries sur les fers à béton (saisine 18/0010 A), la société SARL Aedes System sur les procédés de filtration pour gouttière anti-moustiques (saisine 18/0011 A), la SARL Boniface ACMA sur les sangles et élingues (saisine 18/0012 A), la demande de modification de la protection de marché sur les produits laitiers frais déposée par les sociétés Socalait SA et Tennessee Farm Laiterie SARL (saisine 18/0013 A) ; la demande de mesure de protection de marché sur les lambris PVC déposée par la société Pacific Plastic Profile (ci-après la « société 3P ») (saisine 18/0019 A) ; et la saisine complémentaire du gouvernement enregistrée sous le numéro 18/0020 A, sur divers projets de textes ;

Vu les décisions de jonction de la rapporteure générale de l'ensemble de ses saisines et de l'auto-saisine en date du 9 août et du 9 octobre 2018 ;

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

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

Vu le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, les rapporteurs, les commissaires du gouvernement, les représentants du syndicat des importateurs et distributeurs de la Nouvelle-Calédonie (SIDNC) entendus lors de la séance de l'Autorité du 31 octobre 2018, la Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie (FINC) ayant été régulièrement convoquée ;

Après en avoir délibéré le 31 octobre 2018, adopte la recommandation suivante sur la saisine d'office relative à la réglementation relative aux protections de marché enregistrée sous le numéro 18/0007 A :

I. LES PROTECTIONS DE MARCHÉ ONT CONTRIBUÉ À FAÇONNER LE MODÈLE DE DÉVELOPPEMENT ATYPIQUE DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE.....6

A. La réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie..... 6

1. Une volonté politique ancienne et consacrée par la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché 7

a) Les travaux préparatoires de la délibération n° 252 7

b) Le contenu de la délibération n° 252 et les difficultés rencontrées dans sa mise en œuvre 8

i) Une réglementation destinée à promouvoir la production locale par des mesures restreignant la concurrence des produits importés fondées sur des critères non hiérarchisés 8

ii) Le principe du non-cumul des protections tarifaires et quantitatives garanti par le juge administratif 9

iii) Des conditions de dépôt des demandes de protection bien acceptées 12

iv) Une procédure d'examen collégiale qui s'avère inefficace..... 13

v) L'octroi d'une protection ne vaut que pour un produit suffisamment transformé et déjà commercialisé, dont l'appréciation est sujette à critique 15

vi) Des modalités d'attribution et de répartition des contingentements qui figent les positions des opérateurs sur les marchés concernés 16

vii) Une procédure encadrée dans certains délais qui n'évitent pas les dérives 18

viii) Une protection accordée pour 5 ans renouvelable en pratique tacitement et sans limitation..... 19

c) L'introduction récente d'une démarche de contractualisation entre le demandeur et le gouvernement en contrepartie de l'octroi de protection de marché, sans assise juridique et non contraignante 20

2. L'évolution quantitative des protections de marché entre 2007 et 2018..... 21

i) Une augmentation de 10 % des mesures de suspension au profit de l'industrie..... 23

ii) Une stabilisation des mesures de contingentement dans tous les secteurs 24

iii) Une réduction majeure des TD soumis à TCPPL (- 46 %) qui masque l'élargissement de la TSPA à l'ensemble des produits agroalimentaires importés depuis 2016..... 24

B. Une réglementation qui a contribué à façonner un modèle de développement économique atypique largement protégé de la concurrence internationale..... 27

1. Un modèle économique atypique parmi les petites économies insulaires 27

a) Les contraintes de l'économie calédonienne : insularité, éloignement, étroitesse du marché..... 27

b) Le succès de l'économie calédonienne entre 1960 et 2012 grâce à un double phénomène de rente . 29

2. Une économie protégée de la concurrence « étrangère » et relativement concentrée sur son marché intérieur 31

a) Une économie qualifiée d' « économie sous serre » en raison de sa politique protectionniste en faveur du secteur primaire et secondaire 31

b) Une économie marquée par la concentration de certains marchés peu concurrentiels et un phénomène de « vie chère » que renforcent les protections de marché 33

C. Un modèle de développement économique fort éloigné des systèmes de libre-échange international et européen 36

1. La Nouvelle-Calédonie se trouve dans une situation ambiguë vis-à-vis des règles du GATT/OMC 36

a) Les grands principes du droit du commerce international interdisent les barrières quantitatives et prônent la réduction des barrières douanières sous réserve de certaines dérogations 36

b) La Nouvelle-Calédonie, bien que soumise aux règles des accords GATT/OMC sur les échanges de marchandises, peut sans risque majeur s'en affranchir 38

i) La question de l'applicabilité des accords GATT/OMC à la Nouvelle-Calédonie 38

ii) La question de la conformité de la délibération n° 252 sur les protections de marché par rapport aux accords GATT/OMC..... 40

iii) La question de l'invocabilité et de l'effectivité des accords GATT/OMC concernant la Nouvelle-Calédonie 41

2. Le statut de « PTOM » autorise la Nouvelle-Calédonie à mener une politique commerciale protectionniste vis-à-vis de l'Union européenne..... 43

a) Le statut de PTOM permet à la Nouvelle-Calédonie de déroger au droit de l'UE...	43
b) ...et de conduire une politique commerciale protectionniste à la condition de ne pas cumuler barrière tarifaire et barrière quantitative sur un même produit européen	44

II. L'ANALYSE CONCURRENTIELLE DE LA REGLEMENTATION SUR LES PROTECTIONS DE MARCHE EN NOUVELLE-CALEDONIE..... 46

A. Les effets des protections de marché sur le jeu de la concurrence	46
1. Des mesures qui n'éliminent qu'une certaine forme de concurrence et qui poursuivent un objectif de progrès économique malgré certaines critiques	47
2. Des mesures produisant des effets anticoncurrentiels identifiés depuis longtemps et constatés en Nouvelle-Calédonie	51
a) Les risques anticoncurrentiels des mesures de suspension ou de contingentement	51
i) La limitation des importations impacte directement l'activité des grossistes-importateurs et réduit les sources d'approvisionnement des professionnels et des consommateurs	51
ii) L'effet isolationniste ou le risque potentiel de créer des situations d'abus de position dominante de la part d'un producteur local	52
iii) L'effet inflationniste ou le risque d'augmentation des prix	54
iv) L'effet d'éviction ou le risque de réduction des choix des clients et des consommateurs	54
v) L'absence d'animation concurrentielle entre les importateurs en raison du mode d'attribution des quotas et ses effets sur la filière de production	55
vi) L'effet de contournement des mesures de contingentement par les importateurs	56
vii) Le risque de moindre compétition sur la qualité et l'innovation	56
viii) Les effets pervers de la réglementation des prix utilisée pour contrebalancer certains de ces effets anticoncurrentiels	56
b) Les effets anticoncurrentiels des barrières tarifaires sur les prix et la qualité des produits	57
3. Des effets anticoncurrentiels dont l'intensité dépend de la nature de la mesure de protection et du fonctionnement concurrentiel ou non des marchés locaux concernés	58
B. Les risques d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la concurrence	59
C. Les améliorations susceptibles d'être apportées à la réglementation dans un sens plus compatible avec l'impératif de concurrence	62
1. Sur la nature et les conditions d'octroi d'une protection de marché	63
a) Des objectifs à préciser et des conditions d'octroi visant la réalisation d'un progrès économique qui pourraient s'inspirer du dispositif prévu à l'article Lp. 421-4 du code de commerce	63
b) Privilégier les mesures normatives ou tarifaires aux mesures quantitatives	66
c) Mettre à la charge du demandeur la démonstration de la pertinence de la mesure de protection demandée et des gains d'efficacité attendus	67
d) Imposer au demandeur de présenter, au dépôt de la demande, des engagements quantifiables et vérifiables, spécifiques à la demande de protection de marché qui réservent à la filière locale et aux consommateurs une partie équitable du profit résultant de la protection	68
2. Sur la durée d'une protection de marché et son renouvellement	69
a) Encadrer la durée de la protection de marché dans un délai raisonnable	69
b) Interdire le renouvellement automatique de la protection de marché en faisant peser la charge de la preuve de sa nécessité sur l'entreprise ou la filière	69
c) Autoriser l'entreprise, la filière ou l'administration à demander une réévaluation du niveau du contingentement ou de la barrière tarifaire	69
3. Sur la procédure d'instruction des demandes de protection	70
a) La procédure en cas d'une demande de protection de protection quantitative	70
b) La procédure en cas d'une demande de protection impactant les recettes fiscales	71
c) La nécessaire réforme de la procédure d'obtention des dérogations	71
4. Sur la méthode de fixation des quotas et de répartition des quotas	72
a) Déterminer le niveau des quotas en fonction de la réalité des besoins et de la capacité de la production locale à y répondre	72

b) Favoriser la concurrence entre les acteurs locaux lors de la répartition des quotas.....	73
c) Interdire les effets d’aubaine dans les groupes congloméraux.....	75
5. Sur le suivi des engagements proposés par l’entreprise ou la filière en contrepartie de la protection de marché et leur suivi.....	76
a) Confier le contrôle de la mise en œuvre des engagements au service ayant instruit la demande de protection de marché.....	76
b) Sanctionner le non-respect des engagements pris en allant jusqu’à la suppression de la mesure de protection de marché.....	76

RECAPITULATIF DES RECOMMANDATIONS	78
--	-----------

Introduction

1. Par décision n° 2018-SO-02 du 11 juin 2018, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « l'Autorité ») s'est saisie d'office, sur le fondement de l'article Lp. 462-4 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « code de commerce »), sur l'opportunité de moderniser la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie.
2. A cet égard, à l'article Lp. 462-4 du code de commerce, il est prévu que : « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Elle peut également recommander au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés* ».
3. En l'espèce, l'auto-saisine de l'Autorité sur l'opportunité de moderniser la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie trouve son origine dans les constatations qu'elle a réalisées dans le cadre de son précédent avis du 11 juin 2018¹ relatif à l'arrêté procédant à la baisse du prix de vente maximum au stade de la production du riz « Jasmin ». En effet, étant donné les dysfonctionnements constatés sur le marché du riz, protégé par un quota, l'Autorité a souhaité mener une réflexion générale sur le dispositif des protections de marché afin d'inciter, le cas échéant, le gouvernement à le moderniser dans un sens plus compatible avec le droit de la concurrence.
4. La saisine d'office de l'Autorité a été enregistrée sous le numéro 18/0007A. Par ailleurs, le gouvernement a saisi pour avis l'Autorité sur les avis du Comité du commerce extérieur relatifs à cinq demandes de protection de marché auxquels se sont ajoutés une saisine sur divers projets de textes relatifs à l'introduction de mesures de protection quantitatives ou tarifaires², qui sont analysées par l'Autorité dans le cadre de son avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018.
5. L'instruction de la présente demande d'avis a donné lieu à l'envoi de questionnaires et d'auditions auprès de l'ensemble des acteurs institutionnels, économiques et industriels intéressés par les mesures de protection de marché³. L'Autorité a également expérimenté la

¹ Avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018 sur le projet d'arrêté du Gouvernement portant modification de l'arrêté n°2012-1291/GNC du 5 juin 2012, https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis_2018-a-03_prix_du_riz.pdf

² Vu les saisines du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le gouvernement ») par lesquelles ce dernier sollicite l'avis de l'Autorité, sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du code de commerce, sur les avis du Comité du commerce Extérieur (ci-après, le « COMEX ») réuni le 28 juin 2018, concernant les nouvelles demandes de protections de marché déposées respectivement par la SARL Metal Industries sur les fers à béton (saisine 18/0010 A), la société SARL Aedes System sur les procédés de filtration pour gouttière anti-moustiques (saisine 18/0011 A), la SARL BONIFACE ACMA sur les sangles et élingues (saisine 18/0012 A), la demande de modification de la protection de marché sur les produits laitiers frais déposée par les sociétés SOCALAIT SA et TENNESSEE FARM LAITERIE SARL (saisine 18/0013 A) ; la demande de mesure de protection de marché sur les lambris PVC déposée par la société Pacific Plastic Profile (ci-après la « société 3P ») (saisine 18/0019 A) ; et la saisine complémentaire du gouvernement enregistrée sous le numéro 18/0020 A, sur divers projets de texte.

³ Ont ainsi été consultés :

- les douze membres du COMEX ayant voix délibératives ;
- les services administratifs et établissements publics suivants : la DAE, la DRDNC, le SCREE, l'ISEE, l'ERPA, l'OCEF et le CESE ;
- les organisations patronales suivantes : le MEDEF-NC, la CPME et l'U2P-NC ;
- divers syndicats, fédérations et associations que sont : le SDGMS, la FCBTP-NC, l'AFOC-NC et l'Intersyndicale vie-chère ;

mise en place d'une consultation publique⁴ pour recueillir l'avis et les observations des personnes intéressées. Cette consultation a été lancée le 13 juillet 2018 pour s'achever le 5 août 2018⁵.

6. Après avoir relevé que les protections de marché en Nouvelle-Calédonie ont contribué à façonner son modèle de développement économique atypique largement protégé de la concurrence internationale (I), l'Autorité procédera à l'analyse concurrentielle de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 *relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie* pour inviter le cas échéant le gouvernement à la moderniser en formulant des propositions pour mieux la concilier avec les impératifs du droit de la concurrence (II).

I. Les protections de marché ont contribué à façonner le modèle de développement atypique de la Nouvelle-Calédonie

7. L'adoption de mesures protectionnistes par les pouvoirs publics en Nouvelle-Calédonie est très ancienne. Actuellement, elle est consacrée par la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 dont la mise en œuvre pose un certain nombre de difficultés (A). Ces mesures protectionnistes relèvent d'un choix politique qui a contribué à l'émergence d'un modèle de développement économique atypique dans le paysage des territoires insulaires, largement protégé de la concurrence internationale (B) et qui a conduit à placer la Nouvelle-Calédonie en marge du système de libre-échange international (C).

A. La réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie...

8. Dès l'époque coloniale, les pouvoirs publics en Nouvelle-Calédonie ont opté pour la protection de l'agriculture par le biais de l'adoption de différentes mesures protectionnistes. Celles-ci ont été étendues à l'industrie locale à partir du milieu des années 80. Par la suite, ces mesures se sont encore renforcées avec le transfert par l'État à la Nouvelle-Calédonie de la gestion et du contrôle du commerce extérieur, en application de l'article 22-6 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
9. Le cadre juridique en vigueur, qui fonde la politique commerciale protectionniste de la Nouvelle-Calédonie, repose sur la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 « *relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie* » (ci-après « la délibération n°252 »)⁶. Cette

- plus d'une vingtaine de producteurs locaux représentatifs de certaines filières de production particulièrement concernées par les protections de marché (Tennessee Farm Laiterie, Biscochoc, Goodman Fielder Nouvelle-Calédonie, Le Froid, GBNC, La Française, Millo, Vega, Carton Multi-Formes, Les Etablissements de Saint-Quentin, Teeprint, Le Groupe Saint-Vincent, Socofab, Switi, Pacôme, La Périgourdine, Le groupe Gourmand, Costentin, Menuiserie Beneytou, Metal Industries, Artypo, Signboard et Vetral.) ;

- ainsi que des importateurs, grossistes et distributeurs (Groupe Bernard Hayot, Groupe Kenu-in, Cocoge Distribution, Korail alimentation, Nouméa gros, les Etablissements Rabots et les Etablissements Bargibant).

⁴ Une consultation publique recueille l'avis des personnes procédant à une démarche volontaire de réponse. Elle n'a pas valeur de sondage qui repose, pour sa part, sur une méthode statistique visant à évaluer les proportions de différentes caractéristiques d'une population à partir de l'étude d'une partie seulement de cette population, appelée échantillon représentatif.

⁵ Afin de permettre à tout calédonien, opérateur économique ou simple consommateur, expert du dispositif des protections de marché ou totalement novice, de s'exprimer librement sur le sujet par la voie d'un questionnaire accessible sur le site Internet de l'Autorité. Cette consultation a recueilli 708 répondants.

⁶ Voir l'article 1^{er} de la Délibération n° 252 du 28 décembre 2006.

délibération autorise la mise en place de protections tarifaires et non tarifaires au bénéfice des productions locales⁷ (1).

10. En 2018, 7,4 % des produits recensés par des tarifs douaniers sont protégés par des mesures quantitatives (347 tarifs douaniers sur 6 830) ou des mesures tarifaires (159 tarifs douaniers). Toutefois, ce chiffre doit être interprété avec précaution car il n'inclut pas les mesures tarifaires résultant des droits de douane appliqués à l'entrée sur le territoire, ni l'impact de la taxe sur les produits agroalimentaires importés (TSPA). L'évolution quantitative et qualitative de ces protections de marché depuis 2007 mérite donc d'être abordée (2).

1. Une volonté politique ancienne et consacrée par la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché

11. Héritée du passé colonial pour soutenir le secteur agricole calédonien, l'instauration de protection de marché s'est étendue à compter du milieu des années 80 au secteur industriel et n'a cessé de se renforcer au fil des compétences transférées à la collectivité⁸. Depuis 2006, les protections de marché sont encadrées par la délibération n° 252.

a) Les travaux préparatoires de la délibération n° 252

12. C'est lors de la session budgétaire du 28 décembre 2006 que l'arrêté n° 2006-3269/GNC du 31 août 2006 portant projet de délibération relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie a été débattu au congrès.
13. Si la nécessité de moderniser l'arrêté n° 3292 du 16 décembre 1999 portant formalités du commerce extérieur à l'importation s'est imposée pour l'ensemble des acteurs institutionnels et économiques, la rédaction de ce nouveau texte est apparue problématique s'agissant en particulier de la durée et du renouvellement des mesures de protections de marché.
14. En effet, le service d'études, de législation et du contentieux (SELC), saisi pour avis, avait préconisé de « *renverser la charge de la preuve, au moment du renouvellement, en imposant à l'industriel de fournir les pièces justifiant la reconduction de la mesure de protection de marché* ». Mais ce principe a été rejeté par le congrès qui a souhaité maintenir un système prévoyant que la charge de la preuve devait être supportée par l'administration et non le bénéficiaire.

⁷ Avec notamment la taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale (TCPPL) pour les produits manufacturés, alimentaires ou non.

⁸ Ainsi, le décret du 1^{er} septembre 1939 pose le principe d'une restriction des importations, qui peut toutefois être écarté avec l'attribution de « licences ». Ce texte de base, qui visait essentiellement les produits agricoles, évoluera, notamment avec le décret du 30 novembre 1944 et celui du 16 mai 1960, lequel met fin, sauf dérogations, à toute restriction et toute prohibition pour « *les échanges de marchandises entre les territoires de la République* » et pour les marchandises originaires de pays de la Communauté économique européenne (CEE). La loi référendaire de 1988 a maintenu un système équivalent : l'Etat demeure compétent en matière de commerce extérieur, et le conseil exécutif, qui remplace le conseil des ministres, fixe les règles applicables en matière de « *restrictions quantitatives à l'importation* » ainsi que le « *Programme Annuel d'Importation* » (PAI). L'arrêté n° 1206 du 29 juillet 1994 portant formalités du commerce extérieur à l'importation a fixé un régime général en établissant les règles de demande, d'examen et d'octroi des titres d'importation. Dans le but de concourir à l'essor de la production locale, des instruments fiscaux sont venus compléter les prérogatives visant à réglementer, dans un but d'intérêt général, les conditions d'importation des marchandises sur le territoire. Deux délibérations ont été successivement adoptées par le congrès, le 19 décembre 1986, en vue d'instaurer des taxes spécifiques de soutien à la production locale : la délibération n° 104 « *portant création d'une taxe conjoncturelle sur les marchandises importées (TCPM), autres que les produits agricoles, concurrentes de marchandises fabriquées localement* » (soulignement ajouté) et la délibération n° 105 « *portant création d'une taxe conjoncturelle sur les produits agricole importés (TCA) concurrents des produits obtenus localement* ».

15. Le conseil économique et social a pour sa part indiqué, dans son avis du 3 novembre 2006 portant sur le projet de texte d'alors, que : « *La Nouvelle-Calédonie se caractérise par l'existence d'un secteur de production locale, créateur d'emplois qui mérite une protection face à la concurrence extérieure* » et qu' « *il convient de prendre des mesures d'exception pour protéger les produits calédoniens dans un certain nombre de cas, ce qui implique la mise en place d'un instrument juridique clairement identifié qui soit applicable et irréprochable devant les juridictions* ». Il a salué le fait que le projet se distingue du précédent texte par un dispositif juridique renforcé, un organisme collégial plus responsable pour les attributions de quotas (le Comité du commerce extérieur), une procédure de demande et d'instruction bien identifiée et définie, l'introduction d'une périodicité de 5 ans et son renouvellement, la consultation des chambres consulaires et l'introduction d'un outil de veille économique.
16. Par ailleurs, le CESE a précisé que : « *Les protections de marché sont des mesures d'exception et sont très avantageuses pour les entreprises* », qu'« *elles entraînent des efforts pour le gouvernement et qu'elles imposent des contraintes aux consommateurs* » et qu'il lui paraissait important « *en dehors des données purement économiques, de produire les informations relatives aux aides publiques perçues par le candidat qui serviront de critères pour analyser le dossier* » et qu'un représentant de chaque organisation représentative des travailleurs siège au comité ainsi qu'un représentant du CESE⁹.
17. Ce dispositif, qui a abouti à l'entrée en vigueur de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006, a perduré jusqu'à aujourd'hui pour promouvoir encore davantage la politique de développement endogène de l'agriculture et l'industrie calédonienne. Il souffre néanmoins de certaines imperfections au regard de sa mise en œuvre.

b) Le contenu de la délibération n° 252 et les difficultés rencontrées dans sa mise en œuvre

- i) Une réglementation destinée à promouvoir la production locale par des mesures restreignant la concurrence des produits importés fondées sur des critères non hiérarchisés

18. Aux termes de l'alinéa premier de l'**article 1^{er}** de la délibération n° 252, l'objectif visé par la mise en place des mesures de protections de marché, « *destinées à restreindre l'importation de produits concurrents* », est clairement exposé. En effet, il s'agit « *de faciliter l'écoulement des produits fabriqués en Nouvelle-Calédonie sur le marché local, de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés et de favoriser ainsi le développement des entreprises locales* »¹⁰.
19. En outre, à l'alinéa second du même article, il est précisé que : « *L'opportunité d'instaurer une protection de marché s'apprécie, notamment, au regard du supplément de valeur ajoutée apporté par la fabrication locale de biens par rapport à l'importation de biens identiques ou similaires et au regard de l'atteinte portée au droit et au bien-être du consommateur* ». Il est ajouté que : « *Les mesures prises peuvent également s'inscrire dans une logique de filière, participer au rééquilibrage économique de la Nouvelle-Calédonie et doivent concourir au développement durable* »¹¹ (soulignement ajouté).
20. Au dernier alinéa, il est prévu que : « *La mise en place de protections de marché doit tenir compte de l'évolution du contexte économique de la Nouvelle-Calédonie* » (soulignement ajouté).

⁹ Voir l'Avis du CESE 18/2006 du 3 novembre 2006.

¹⁰ Voir l'article 1^{er} al.1^{er} de la délibération n°252.

¹¹ Voir l'article 1^{er} al.2 de la délibération n° 252.

21. **L'Autorité observe qu'il n'est pas précisé si ces objectifs sont cumulatifs ou alternatifs, ce qui vient limiter l'efficacité de la procédure.**
22. **Il en est de même des « critères d'analyse des demandes »** mentionnés à l'annexe de la délibération qui sont les suivants :
- l'activité de l'entreprise principale et secondaire (l'évaluation de l'urgence de la protection, de l'expérience du chef d'entreprise et de la pluriactivité¹²) ;
 - l'emploi (nombre de postes dont ceux à protéger, nombre de poste créés et dans quel délai, niveau des postes, localisation, nature des postes) ;
 - la production (matières premières employées dans la fabrication du produit à protéger et son origine, appareils de production/montant des investissements réalisés et à réaliser avec provenance du matériel, capacité de production en volumes et délais de production) ;
 - le produit à protéger (description, caractéristiques, emballage et conditionnement, niveau de qualité, taux d'ouvraison, normes et agrément) ;
 - l'analyse du marché concerné (taille du marché en volume et en valeur, tendances, profil de la clientèle, marketing, prévisions d'export, circuits de distribution) ;
 - les prix (à la vente : par gamme de produits/ par niveau de qualité/par circuit de distribution, de revient, les pratiques commerciales et CGV, les prix envisagés en cas de protection) ;
 - l'analyse du bilan et des comptes de résultat du demandeur à la mesure de protections ;
 - l'état récapitulatif des aides qu'il a déjà obtenues.
23. **Il en résulte des incertitudes tant pour l'administration que pour les demandeurs sur la grille d'analyse à suivre pour justifier d'une protection de marché, d'autant que ces critères s'ajoutent aux objectifs mentionnés à l'article 1^{er} sans que l'on connaisse précisément la manière dont ils s'articulent.**
24. Interrogée sur ce point, la société Riz de St Vincent a par exemple déclaré : « *L'arrêté 2007-889/GNC du 1/03/07 relatif aux modalités d'instruction des protections de marché nous semble pertinent quant aux informations à fournir. Un surplus d'information serait appréciable par rapport aux critères retenus par l'administration pour le traitement du dossier et la prise de décision finale, afin de garantir une meilleure objectivité, et d'éviter les décisions arbitraires dans ce petit pays où le mélange des genres a régulièrement desservi l'intérêt général ...* »¹³.
- ii) Le principe du non-cumul des protections tarifaires et quantitatives garanti par le juge administratif
25. **L'article 2 de la délibération n° 252 précise que les protections de marché peuvent prendre deux formes : soit des mesures de restrictions quantitatives à l'importation, soit des mesures de protections tarifaires.**
26. **Les protections tarifaires comprennent une série de taxes générales sur l'importation « base d'une fiscalité de porte héritée de l'époque coloniale mais permettant une protection de fait des entreprises néo-calédoniennes »**¹⁴. Sept de ces taxes à l'importation ont été remplacées par la Taxe générale sur la consommation (TGC) depuis le 1^{er} octobre 2018 mais il demeure une fiscalité plus spécifique dont l'objectif est protectionniste. A ce jour, la Nouvelle-Calédonie considère que seule la taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale (TCPPL)

¹² Production/importation

¹³ Voir la réponse au questionnaire de l'instruction de la société Riz de St Vincent, juillet 2018.

¹⁴ Voir *La Nouvelle-Calédonie face à son destin* de Séverine Bouard, Jean-Michel Sourisseau, Vincent Géronimi, Séverine Blaise et Laïsa Roi (page 196).

entre dans le champ des protections de marché au sens de la délibération n° 252, à l'inverse de la taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA) ou des droits de douanes qui s'appliquent néanmoins à certains produits importés.

27. **Les protections non tarifaires sont principalement des mesures de restrictions quantitatives à l'importation.** Les marchandises importées peuvent ainsi être soumises, selon le cas, à des mesures de contingentement ou de prohibition (suspension).
28. Le juge administratif, chargé de contrôler l'application de la délibération n° 252, a été amené à censurer plusieurs arrêtés en raison de la violation par le gouvernement du principe de non-cumul. Il a par exemple condamné la double protection appliquée sur des volailles congelées, ces marchandises faisant l'objet à la fois d'une mesure de protection tarifaire et de restrictions à l'importation¹⁵.
29. A la suite de ces jugements, les dispositions de la loi du pays ont été modifiées¹⁶ afin de redéfinir le champ d'applicabilité de la TSPA en la positionnant comme une taxe générale perçue sur l'ensemble des produits agricoles et agroalimentaires (non produits localement) et non comme une taxe spécifique de soutien à la production locale applicable aux seuls produits importés en concurrence avec des produits locaux¹⁷.
30. Strictement, la TCPPL constitue la seule taxation spécifiquement mise en place pour soutenir la production locale en renchérissant le coût des produits importés en s'ajoutant aux droits de douane classiques. Il n'en demeure pas moins que la TSPA comme les droits de douane qui n'affectent que les produits importés ont le même effet sur le plan concurrentiel.
31. La TCPPL ne peut concerner qu'une seule espèce tarifaire. Elle peut cependant se décliner sous deux formes :
 - la première dite *ad valorem*, est calculée en % de la valeur CAF¹⁸ de la marchandise et présente des taux pouvant osciller entre 2 (boissons contenant du jus) et 60 % (chips, vêtements de travail) ;
 - la seconde s'apparente à une taxe unitaire et peut s'exprimer en F.CFP/unité¹⁹ comme par exemple pour la bière de malt taxée d'une TCPPL à 250 F.CFP/L ou la pâte à tartiner taxée à 500 F.CFP/Kg.
32. **Les mesures de contingentement** prennent la forme de quotas d'importation qui peuvent être modulés, dans certains cas, selon l'origine du produit : Quota Hors Union Européenne (QHUE), Quota Union Européenne (QUE)²⁰, ou Quota Toutes Origines et Provenances (QTOP).

¹⁵ Jugement du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1082 du 21 octobre 2010.

¹⁶ Voir l'article 8 de la Loi du pays n° 2000-005 du 22 décembre 2000 portant diverses mesures fiscales douanières modifié par la loi du pays n° 2015-4 du 20 juillet 2015.

¹⁷ L'article 8 qui disposait que : « *La taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA) est exigible sur les produits agricoles et agroalimentaires importés, concurrents des produits susceptibles d'être obtenus ou fabriqués localement aux taux fixés par le tarif des douanes et révisés chaque année par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie* » a été remplacé par : « *La taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires est exigible sur l'ensemble des produits importés, agricoles et agroalimentaires* ».

¹⁸ Coût Assurance Frêt

¹⁹ La mise en application de la TCPPL chemine par un circuit administratif incluant en premier lieu, l'établissement par le gouvernement d'arrêtés fixant la liste des produits qui en sont soumis pour l'année à venir (sans taux) et portant projet de délibération puis, en second lieu, la publication d'une délibération fixant les taux de TCPPL.

²⁰ Cette mesure est exceptionnelle en raison des relations commerciales privilégiées de la Nouvelle-Calédonie avec l'Union européenne (voir *infra*).

33. Les mesures de suspension peuvent également être modulées, dans certains cas, selon l'origine du produit : Suspendu Hors Union Européenne (**SHUE**) ou Suspendu Toutes Origines et Provenances (**STOP**).
34. En ce qui concerne le périmètre d'application, la mesure peut être circonscrite à une seule position tarifaire ou s'appliquer à un ensemble de positions relevant d'une même famille de produits auquel cas il s'agit d'un contingent global qui sera réparti sur chacune des positions. Pour ce qui a trait à l'unité de mesure, un contingent peut être exprimé :
- soit en volume (la plupart du temps en tonnes, mais potentiellement aussi en m³),
 - soit en valeur.
35. **L'ensemble de ces mesures quantitatives figure dans le Programme annuel des importations (PAI)** fixé par un arrêté du gouvernement et publié au Journal Officiel de Nouvelle-Calédonie²¹ (voir *infra* II).
36. A défaut d'une production locale ou lorsqu'un quota est entièrement épuisé, un opérateur économique peut formuler, auprès des services de la DAE, une **demande de dérogation** à l'importation, l'autorisant à importer sa marchandise²². Pour ce faire, un dossier doit être constitué par l'entreprise qui en fait la demande comportant les pièces suivantes :
- la désignation précise des produits et le tarif douanier correspondant ainsi que la fiche technique le cas échéant ;
 - les quantités et la valeur des marchandises en y joignant la ou les factures ;
 - deux attestations de non-production locale établies par les producteurs locaux.
37. La DAE est chargée de l'instruction des demandes de dérogation au PAI (et des statistiques y afférent), la DRDNC en assure, quant à elle, la mise en œuvre effective une fois l'autorisation délivrée par la DAE.
38. Au-delà de la lourdeur administrative que peut représenter cette démarche, les opérateurs se heurtent à une **difficulté qui consiste en la consultation des producteurs locaux**. Cette consultation se matérialise par la présentation d'attestations de non-production locale, délivrées par au moins deux producteurs locaux (condition ramenée à une attestation dans le cas d'un monopole de production), certifiant par écrit qu'ils ne sont pas en mesure de fabriquer quantitativement et/ou qualitativement les produits concernés²³. Cette consultation s'opère selon le « bon vouloir » des producteurs locaux qui sont libres de délivrer ou non lesdites attestations de non-production locale. Cette problématique peut être illustrée au travers de deux

²¹ Voir le site des douanes : <https://douane.gouv.nc/entreprises/le-commerce-exterieur>

²² Conformément aux dispositions réglementaires reprises aux articles 5 de la délibération n° 252 et 9 de l'arrêté n° 2007-889.

<https://dae.gouv.nc/pole-actions-economiques-regimes-daide-aux-entreprises-industrie-et-artisanat/les-derogations-aux>

²³ Les attestations de non production locale ne répondent pas à un formalisme type et sont rédigées par les producteurs interrogés qui doivent néanmoins faire apparaître en plus des mentions liées à la désignation de la marchandise, l'entête de la société et la qualité du gérant. Pour faciliter le traitement et la fluidité des échanges, il a été convenu (tacitement) que la FINC se chargerait de centraliser les demandes d'attestations et de les relayer auprès de ses adhérents.

cas concrets qui rapportés, lors de l’instruction, à savoir : celui du marché des serviettes²⁴ en papier et celui des pâtes alimentaires²⁵.

39. **Sur l’année 2017, 165 demandes de dérogation ont été traitées contre 91 en 2016 (+ 81%) et 52 en 2015 (+ 217%).** Les secteurs les plus demandeurs sont les pâtes alimentaires (25%), les tubes et tuyaux (24%), la chocolaterie (12%) et la menuiserie aluminium (11%). Sur la plupart des secteurs²⁶, il apparaît que les demandes de dérogation ont augmenté, et ce de manière particulièrement significative dans les secteurs des tubes et tuyaux (multipliées par 2), des pâtes alimentaires (multipliées par 10) et des produits de la chocolaterie (multipliées par 3).

iii) Des conditions de dépôt des demandes de protection bien acceptées

40. Le demandeur d’une protection de marché doit, en vertu de l’**article 6** de la délibération, être **une personne physique ou morale exerçant « une activité de production » sur le territoire dans tout secteur, à l’exception du secteur des services**²⁷. En pratique, l’instruction a montré que le non-respect de cette condition de « producteur » n’est pas sanctionné par une irrecevabilité de la demande comme le montre l’examen de la demande de protection des sociétés TFL(producteur)/Socalait(négociant) soumise dans le cadre de l’avis de l’Autorité n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018.
41. Toujours aux termes de l’article 6 de la délibération, **les organisations représentatives d’un secteur d’activité économique (associations, syndicats d’entreprises, etc.) peuvent également présenter une demande**, sous la condition expresse que les personnes physiques ou morales intéressées déposent chacune un dossier recevable, ce qui permet ainsi une demande plus large pour un secteur d’activité.
42. Le dossier doit comprendre les informations nécessaires à l’examen des « critères d’analyse des demandes » mentionnés à l’annexe de la délibération n° 252 (cf *supra*). Au terme de l’instruction, **les opérateurs interrogés sont globalement satisfaits de la procédure de dépôt du dossier, certains membres du COMEX considérant même que les exigences pourraient être renforcées pour disposer d’une meilleure connaissance du dossier.**

²⁴ S’agissant des serviettes en papier, un importateur spécialisé dans le commerce de jouets et l’univers du festif a souhaité importer des gammes de serviettes de table en papier imprimées à l’effigie de personnages de Disney en vue de les commercialiser dans ses magasins pour les fêtes d’anniversaires. Les serviettes de table en papier concernées étant frappées par une mesure STOP, la société s’est alors rapprochée des deux producteurs locaux afin d’obtenir des attestations de non-production locale. Le premier a accepté de délivrer le document alors que le second s’y est opposé au motif qu’il existait une production locale de serviettes en papier (de couleurs unies sans motifs) et qu’il était possible de développer des matrices de personnages locaux, ce qu’il n’a pas fait.

²⁵ S’agissant des pâtes alimentaires, un importateur de la grande distribution, lors du passage d’une de ses commandes, s’est avéré être en dépassement du quota de pâtes qui lui avait été attribué. En conséquence, sur le reliquat en dépassement, il s’est vu contraint de formuler auprès de la société locale une demande de dérogation à l’importation que cette dernière lui a refusé. Une fois arrivé sur le port, la marchandise sous quota a pu être dédouanée et retirée par l’opérateur alors que l’autre partie en infraction a été menacée de réexportation (la charge de l’opération incombant à l’importateur) ou de destruction par le service des douanes (finalement donnée à une association).

²⁶ A l’exception des menuiseries aluminium où la suspension de la mesure STOP sur le TD 7610.90.90 a orienté à la baisse le nombre de demandes de dérogation

²⁷ L’article 6 vise spécifiquement les secteurs suivants : « a) l’industrie et l’artisanat de production. Par industrie et artisanat de production, il faut entendre la production, la fabrication, la transformation de biens corporels mobiliers ; b) l’agriculture, l’élevage, la sylviculture et l’exploitation forestière ; c) la pêche maritime professionnelle et l’aquaculture ; d) les activités de fabrication et de transformation liées aux secteurs d’activités de production primaire visés en b) et en c) ».

43. **L'instruction de la demande est réalisée par la DAE** en vertu d'un arrêté n° 2007-889 du 1^{er} mars 2007 mais l'examen de la demande relève du comité du commerce extérieur (COMEX) dont la composition et les missions sont fixées aux **articles 3 à 5** de la délibération et précisées par un arrêté n° 2007-891²⁸.
44. Outre le Président du gouvernement (ou son représentant), **le COMEX se compose de onze membres avec voix délibératives** regroupant des institutions, des associations ainsi que les chambres consulaires que sont :
- chaque assemblée de province,
 - la chambre de commerce et d'industrie (CCI),
 - la chambre de métiers et de l'artisanat (CMA),
 - la chambre d'agriculture (CANC),
 - une association ou fédération représentative des industries de la Nouvelle-Calédonie,
 - une association ou fédération représentative des importateurs de la Nouvelle-Calédonie,
 - une association ou fédération représentative des commerçants de la Nouvelle-Calédonie,
 - une association de consommateurs²⁹,
 - l'institut d'émission d'outre-mer (IEOM)³⁰.
45. En sont également **membres, avec voix consultative, les services de l'administration**³¹ « invités *par le président du comité* » et qui seraient de nature à apporter des éléments de contexte ou des précisions sur les sujets examinés. De même, le président du comité peut, en théorie, demander à entendre toute personne concernée par une demande de protection de marché³².
46. Il ressort de l'instruction que **le COMEX souffre de dysfonctionnements de nature à nuire à son efficience**. Ainsi, ont été relevées :
- l'absence récurrente de certains membres du COMEX dont les provinces Nord et des Iles Loyauté et dans une moindre mesure de l'IEOM, qui soulève, d'une part, la question de la pertinence des institutions à siéger (avec une surreprésentation de ces dernières pointée du doigt) et, d'autre part, le déséquilibre des forces que cela entraîne avec, selon les importateurs et commerçants, une captation des votes au profit des industriels ; inversement, les industriels se plaignent d'une sous-représentation ;
 - des prises de positions dites « dogmatiques » des différents acteurs menant à une confrontation régulière des sphères « production locale » et « importation » qui cristallisent les débats ;
 - la méconnaissance des dossiers et *in fine* des prises de position non argumentées ;
 - un doute sur la légitimité de certains membres à se prononcer sur des demandes de protections de marché éloignées de leur domaine d'expertise³³ ;
 - et une obligation de réserve diversement appliquée par les membres ;
 - des avis non suivis par le gouvernement *in fine*.

²⁸ arrêté n° 2007-891/GNC du 1^{er} mars 2007 relatif aux modalités de fonctionnement du comité du commerce extérieur.

²⁹ Etant précisé que ces associations ou fédération sont « désignée(s) par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie »

³⁰ Voir l'article 4 de la délibération n°252

³¹ Représentés par leurs directeurs et chefs de service

³² Dans les faits, il est rarement demandé à une personne extérieure au COMEX, quand bien même elle dispose d'une compétence technique dans l'un des dossiers examinés, d'assister à une séance.

³³ Voir les procès-verbaux d'audition des représentants de la FCBTP-NC et du SIDNC

47. De même, certaines organisations professionnelles directement concernées par les effets d'une demande de protection de marché n'en sont informées que tardivement, voire n'en prennent connaissance que lors de la publication du PAI ou lors de remontées d'informations par leurs adhérents leurs indiquant avoir rencontré des difficultés d'approvisionnements comme ce fût le cas pour la FCBTP à l'occasion de la demande de protection dans le secteur des tubes et tuyaux ³⁴.
48. **Les attributions du COMEX** sont posées à l'**article 5** de la délibération n° 252 qui prévoit que ce comité soit « *consulté sur tout projet ou proposition se rapportant :*
– *à la réglementation applicable en matière de commerce extérieur ;*
– *aux mesures de restrictions quantitatives ou de protections tarifaires destinées à protéger la production locale ;*
– *aux méthodes et calculs de répartition des quotas ;*
– *aux dérogations aux interdictions d'importation ;*
– *aux attributions exceptionnelles ou nouvelles de quotas supplémentaires.* »
49. En pratique, le COMEX se réunit autant que nécessaire pour procéder à l'examen des demandes de protections de marché qui lui sont soumises dans un délai de quinze jours avant la séance³⁵. Le quorum est fixé à six membres présents et les avis sont pris à la majorité des voix des membres présents et, en cas d'égalité voix, celle du président est prépondérante³⁶. Dans la pratique, la DAE assure par délégation de pouvoir, la présidence du COMEX et fait entendre par son vote la voix du gouvernement. Ce double positionnement (service examinant la demande et président de séance) soulève des préoccupations en termes d'impartialité comme évoqué par certains membres du COMEX³⁷.
50. Chaque séance donne lieu à la rédaction d'un procès-verbal assurant la conservation de l'ensemble des échanges et actant la position du COMEX sur les demandes de protections de marché soumises à vote. Ce document, signé par le président du comité, qui doit, en principe, être envoyé à chaque membre ainsi qu'au président du gouvernement accompagné d'un rapport lui permettant de prendre connaissance des avis du COMEX pour chaque demande, ne l'est pas toujours.
51. Lors de la première séance de l'année, un bilan d'activité de l'année antérieure est présenté ainsi qu'une évolution globale du dispositif des protections de marché en termes de volumétrie et de recettes fiscales. La dernière séance est consacrée à la relecture des textes douaniers³⁸.
52. En complément de l'analyse des demandes de protections de marché, le COMEX est également chargé de se prononcer sur les demandes de dérogation à l'importation, même si leur traitement est assuré par la DAE. Ainsi, certains cas jugés plus sensibles sont débattus en séance du COMEX.

³⁴ Voir le courrier du président de la FCBTP-NC adressé au président du gouvernement du 30 août 2016

³⁵ Voir l'article 5 de l'arrêté n° 2007-889/GNC du 1^{er} mars 2007 relatif à l'application des mesures de protection de marché en Nouvelle-Calédonie.

³⁶ Conformément à l'article 4 de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie.

³⁷ Voir les procès-verbaux du SCNC, du SIDNC et de la CMA.

³⁸ Projet d'arrêté sur le PAI N+1 et projet d'arrêté fixant la liste des marchandises soumises à la TCPPL

v) L'octroi d'une protection ne vaut que pour un produit suffisamment transformé et déjà commercialisé, dont l'appréciation est sujette à critique

53. L'article 7 de la délibération précise qu'un produit ne peut être protégé que s'il est suffisamment transformé, au regard d'un critère « d'ouvraison » définit négativement : « Ne sont pas éligibles au bénéfice des protections de marché les produits résultant d'ouvrains ou de transformations considérées comme insuffisantes. Sont réputées telles :
- a) les manipulations destinées à assurer la conservation en l'état des produits pendant leur transport et leur stockage ;
 - b) les opérations simples de dépoussiérages, de criblages, de triage, de classement, d'assortiment (y compris la composition de jeux de marchandise, de lavage, de peinture et de découpage) ;
 - c) les divisions et réunions de colis et changements d'emballages ;
 - d) la mise en bouteilles, en flacons, en canettes, en sacs, en étuis, en boîtes, sur planchettes ainsi que toutes autres opérations simples de conditionnement ;
 - e) l'apposition, sur les produits eux-mêmes ou sur leurs emballages, de marques, d'étiquettes ou d'autres signes distinctifs similaires ;
 - f) la simple réunion de parties d'articles en vue de constituer un article complet ;
 - g) le cumul de plusieurs opérations figurant aux points a)
 - h) l'abattage des animaux » (soulignement ajouté).
54. Enfin, le produit à protéger doit être effectivement commercialisé, c'est-à-dire « *présent dans les circuits de distribution* ».
55. Il ressort de l'instruction que le premier critère pose des difficultés d'interprétation. Ainsi, plusieurs cas d'octroi de protection de marché sont ou ont été contestés devant le juge administratif, lequel a confirmé que le taux d'ouvraison de certains produits transformés localement était insuffisant, empêchant toute forme de protection.
56. Parmi les cas les plus emblématiques, figure celui des filets congelés de saumon (TD 0304.29.00) dans lequel le juge administratif a donné raison à la société Bargibant SA en annulant pour les années 2010 à 2013 les délibérations fixant le taux de TSPA sur les saumons et en condamnant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au versement de dommages et intérêts au motif « *qu'en l'absence de saumons dans les cours d'eau de la zone subtropicale où se situe le territoire de la Nouvelle-Calédonie ou d'élevages de saumons sur le territoire, les filets de saumons congelés ne peuvent qu'être importés ; que ces denrées ne peuvent être regardées, au sens de la loi de pays susvisée, comme des produits agricoles et agroalimentaires importés, concurrents des produits susceptibles d'être obtenus ou fabriqués localement ; qu'ainsi, en les soumettant à la TSPA, les délibérations attaquées ont méconnu la loi du pays modifiée n° 2000-05 du 22 décembre 2000 ; qu'il s'ensuit que lesdites délibérations sont entachées d'illégalité en tant qu'elles ont fixé une TSPA de 23% sous la rubrique 03.04.29.00 pour les filets congelés de saumon* »³⁹.

³⁹ Jugements du tribunal administratif n° 1300067 du 21 novembre 2013 et n° 1400093, 1400172 du 11 décembre 2014 condamnant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au remboursement de la TSPA payée indûment par les Etablissements Bargibant pour les années 2010, 2011 et 2012 (8 621 596 F.CFP), au versement d'intérêts (1 517 237 F.CFP) et de frais (300 000 F.CFP) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

57. D'autres cas, tout aussi symboliques, peuvent être cités comme les poêlées de légumes surgelés multi-ingrédients⁴⁰, les tubes et tuyaux⁴¹ ou la menuiserie aluminium⁴².
58. **L'Autorité souligne que dans ce contexte, une amélioration du dispositif pourrait être de prévoir la transmission formelle d'un avis du comité des productions locales (qui mériterait d'être rétabli à la suite de sa disparition du fait de l'abrogation des certains textes liés à la taxe générale sur la consommation) ainsi qu'un avis de la Direction des douanes pour apprécier ce critère d'ouvrage.**

vi) Des modalités d'attribution et de répartition des contingents qui figent les positions des opérateurs sur les marchés concernés

59. S'agissant des **procédures de détermination et d'attribution des mesures de contingents** (QTOP, QUE, QHUE), il y a lieu de distinguer la procédure relative aux denrées périssables (viandes, fruits et légumes) de la procédure applicable aux autres marchandises.
60. **Concernant les denrées périssables**, les modalités de mise en œuvre des quotas portant sur les denrées périssables sont spécifiques dès lors qu'il s'agit de produits sous quotas issus du monde animal (animaux vivants, frais ou réfrigérés) et végétal (fleurs, légumes et fruits).
61. Ainsi, dans le cas de la viande, **l'Office de Centralisation et d'Entreposage Frigorifique (OCEF)**, établissement public industriel et commercial, dispose depuis 1963 d'un monopole d'importation réglementaire, lequel a été validé par le Conseil constitutionnel (cf *infra*). Le principe est que les tarifs de revente par l'OCEF des viandes et produits importés sont établis de telle façon que ces viandes et produits ne puissent concurrencer ceux de la production locale.
62. Dans le cas des fleurs, fruits et légumes, la fixation du niveau des quotas et les modalités de répartition de ces quotas relève de la compétence de **l'Etablissement de Régulation des Prix Agricoles (ERPA)** jusqu'à la fin de l'année et relèvera de l'Agence rurale à compter du 1^{er} janvier 2019.
63. Les dispositions relatives à l'importation des fruits et légumes, à la détermination et répartition des contingents, sont définies pour l'année 2018 à l'annexe 2 du PAI de l'année 2018. L'accès aux contingents est réservé aux opérateurs ayant la qualité de grossiste en fruits et légumes. Le niveau des contingents est déterminé selon une procédure spécifique relevant de la compétence de l'ERPA qui évalue mensuellement à partir des prévisions transmises par les producteurs

⁴⁰ Jugement du tribunal administratif n° 1400196 du 19 février 2015 condamnant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au versement aux Etablissements Bargibant de la somme de 4 803 191 F.CFP (4 503 191 F.CFP de TCPPL payées pour les années 2010 à 2013 + 300 000 F.CFP au titre du préjudice né de l'amende douanière) avec intérêts au taux légal à compter du 23 décembre 2013 ainsi que la somme de 150 000 F.CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁴¹ Jugement du tribunal administratif n° 1500364 du 4 mai 2016 concluant au rejet de la requête déposée par le SIDNC ; arrêt de la cour administrative d'appel de Paris n° 16PA02174 du 5 avril 2018 rejetant la requête du SIDNC ; arrêt de la CAA de Paris n° 16PA02076 du 5 avril 2018 annulant l'arrêté n° 2015-1071/GNC du 23 juin 2015 instaurant une suspension toutes origines et provenances sur les positions du tarif des douanes 3917.21.12, 3917.21.14, 3917.23.13 et 3917.23.15 ainsi que le jugement n° 1500322 du 4 mai 2016 du Tribunal administratif et condamnant le gouvernement au versement à la société DCSM de la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁴² Jugement du tribunal administratif n° 1500364 du 4 mai 2016 annulant l'arrêté instaurant une mesure de suspension des importations toutes origines et provenances des produits visés à la position 7610.90.90 – Constructions et parties de construction en aluminium et condamnant le gouvernement au versement de la somme de 150 000 F.CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

locaux le taux d'ouverture à l'importation. Lors d'une première demande de quota, le pourcentage attribué à un nouveau grossiste en fruits et légumes est, au maximum, fixé à 2,5 % du contingent global, dans la limite du plus petit quota attribué à un grossiste en activité déjà enregistré.

64. **L'Autorité ayant déjà eu l'occasion de mettre en évidence les effets anticoncurrentiels liés à la procédure de détermination et d'attribution de quotas dans le secteur des fruits et légumes dans le cadre de son avis du 23 juillet 2018⁴³, elle ne peut qu'inviter le gouvernement à réformer en profondeur ce dispositif suivant les recommandations déjà formulées.**
65. *Concernant les marchandises hors denrées périssables*, soumises à des mesures de contingentement, elles font l'objet d'un traitement par les **services des douanes** qui a en charge la réception des formulaires de demande de quotas et l'attribution de ces derniers aux opérateurs économiques.
66. Les modalités de répartition des contingents sont prévues à l'article 9 de la délibération n° 252 et reposent sur une répartition entre importateurs enregistrés qui en font annuellement la demande. Le contingent annuel pour l'année, tel qu'établi dans le PAI arrêté par le gouvernement, est réparti en quotas individuels (Qi) pour chaque importateur selon la formule suivante ⁴⁴ :

$$Q_i = R \times P \times M$$

- **Qi** = Quota individuel ;
 - **R** = Quota global à répartir entre opérateurs enregistrés par position tarifaire au titre de l'année N ;
 - **P** = Coefficient de performance de chaque opérateur établi à partir des importations réalisées en N-1 rapportées au quota individuel attribué en N-1 ;
 - **M** = Part de marché (Import) de chaque opérateur qui est calculée par le rapport $Q_i \text{ N-1} / R \text{ N-1}$.
67. **Une part de 10 % du contingent annuel (R) est réservée aux nouveaux opérateurs** qui peuvent obtenir cette réserve abondée par la non-utilisation des quotas individuels des opérateurs anciens lors de l'année n-1. Le même article 9 dispose que : « *Lors de la première répartition, réalisée au mois de janvier, les quotas attribués aux nouveaux opérateurs ne peuvent dépasser le montant du plus petit quota dont bénéficie un opérateur enregistré l'année précédente, sans tenir compte des opérateurs enregistrés dont la demande a été satisfaite en totalité* ».
68. Formellement, les demandes d'attribution de quotas individuels doivent être déposées en début d'année auprès de la DRDNC. Chaque opérateur reçoit ensuite notification du quota individuel qui lui est alloué par la DRDNC⁴⁵. Ce quota est incessible et n'est valable que pour l'année civile en cours.

⁴³ ACNC, avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 sur l'organisation de la filière fruits et légumes.
<https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis-18-a-04.pdf>

⁴⁴ Modalité de répartition des contingents mise en place par l'arrêté n° 2694 du 13 décembre 1996 relatif au programme annuel d'importations de la Nouvelle-Calédonie pour l'année 1997.

⁴⁵ Voir les articles 9 et 10 de l'arrêté modifié n° 2007- 889/GNC du 1^{er} mars 2007 relatif à l'application des mesures de protection de marché en Nouvelle-Calédonie.

69. **Les modalités de fixation et de répartition des contingents alimentent régulièrement les débats en ce qu'elles figent les positions des opérateurs sur les marchés concernés et ne laissent qu'une place résiduelle aux nouveaux entrants.** En effet, au-delà de l'opacité de la procédure, qui selon certains opérateurs devrait faire l'objet d'une publication officielle⁴⁶, et des difficultés d'ores et déjà soulignées par l'Autorité dans le cadre de son avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018 sur le décret fixant le prix du riz jasmin⁴⁷, c'est l'ensemble du dispositif qui devrait être réformé en raison de ses effets anticoncurrentiels (cf *infra*, II).

vii) Une procédure encadrée dans certains délais qui n'évitent pas les dérives

70. Une fois le dossier réputé complet, le secrétariat du COMEX (assuré depuis 2015 par la DAE⁴⁸) remet au demandeur un récépissé de dépôt qui annonce le début de la phase d'examen. Il y a lieu de relever que les délais d'instruction et le circuit des demandes sont clairement fixés par l'arrêté du 1^{er} mars 2007 :
- un délai de deux semaines, suivant l'accusé de réception du dossier, est fixé pour la transmission par la DAE aux chambres consulaires et aux services administratifs concernés ;
 - puis un délai de trois mois est prévu (à compter de la date de cette transmission) pour recueillir leurs avis (avec la possibilité d'une prolongation de trois mois lorsque les caractéristiques techniques d'un dossier le justifient à la demande d'un service de l'administration ou de l'une des chambres consulaires) ;
 - au plus tard, dans les trois semaines suivant l'expiration des délais impartis, la DAE transmet la synthèse du dossier au comité du commerce extérieur (COMEX) pour avis lequel émet son avis sur la mesure « préconisée dans le mois suivant sa saisine » ;
 - au plus tard, dans un délai d'un mois après l'avis rendu par le COMEX, les membres du comité sont informés de la mesure proposée par le gouvernement⁴⁹.
71. S'ajoute désormais à ces délais la nécessité pour le gouvernement de saisir obligatoirement l'Autorité de tout projet de texte introduisant « *des restrictions quantitatives* ».
72. Or, l'Autorité constate, à la suite de la présente instruction, que **ce ne sont pas tant les délais réglementaires que la pratique qui pose problème**. Les demandes de protections de marché soumises à l'avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018 de l'Autorité en sont de parfaites illustrations. En effet, hormis la demande de la société Aedes System qui présente un délai de traitement standard⁵⁰, les quatre autres demandes ont été initiées entre 2015 et 2016, sans réactualisation de données depuis, et sont toujours en cours de traitement. En fait, cette problématique du retard dans le traitement des demandes est à imputer au délai de mise en œuvre qui incombe aux autorités politiques, soit pour adopter une délibération du congrès relative à la modification du tarif douanier soit pour adopter la décision finale.
73. L'Autorité souligne d'ailleurs **l'usage singulier qui est fait du système harmonisé de désignation et de codification des marchandises** (le « système harmonisé » ou « SH ») en Nouvelle Calédonie. En effet, la création de sous-positions tarifaires est, en Nouvelle-

⁴⁶ Voir les procès-verbaux d'audition du SCNC et du SIDNC.

⁴⁷ Avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018 sur le projet d'arrêté du gouvernement portant modification de l'arrêté n°2012-1291/GNC du 5 juin 2012 déjà cité

⁴⁸ Conformément à l'arrêté n° 2015-1227/GNC du 7 juillet 2015 portant modification de l'arrêté n° 2007-889/GNC du 1^{er} mars 2007 relatif à l'application des mesures de protection de marché ; antérieurement, c'est la DRDNC qui avait en charge le secrétariat du COMEX.

⁴⁹ Voir l'arrêté n°2007-889 du 1^{er} mars 2007.

⁵⁰ Récépissé le 17 décembre 2017 pour une présentation en COMEX le 28 juin 2018.

Calédonie, destinée à « protéger [d]es entreprises en établissant des restrictions quantitatives à l'importation des produits concurrents »⁵¹ (soulignement ajouté).

74. Or, le recours fréquent à cette faculté, ces dernières années, pose des difficultés. En effet, le directeur des douanes a expliqué que : « *Dans la mesure où ces demandes portent sur des secteurs dans lesquels les mesures de protection de marché se sont multipliées la tâche est complexe dès lors que le tarif des douanes doit faire cohabiter en les entrecroisant des réglementations touchant un même produit mais poursuivant des objectifs différents, nous contraignant à un découpage très fin lorsqu'il est possible (...) nous atteignons maintenant les limites de l'exercice* »⁵².

viii) Une protection accordée pour 5 ans renouvelable en pratique tacitement et sans limitation

75. En vertu de l'article 10 de la délibération, **la mesure de protection est accordée pour une durée initiale ne pouvant excéder cinq ans. Cette durée est renouvelable successivement et de manière tacite pour des périodes identiques sauf aux services de l'administration à démontrer, notamment, au regard des critères définis en annexe de la présente délibération, qu'elle n'est plus adaptée.**
76. Les chambres consulaires concernées sont obligatoirement consultées. A cet égard, il ressort de l'instruction que ces consultations sont critiquées, soit parce qu'elles se traduisent par des postures au sein de la CCI-NC, soit parce que la CAC et la CMA ne rendent d'avis que sur les sujets qui les concernent directement. En tout état de cause, les avis demeurent très succincts. Pour autant, cette consultation obligatoire permet de procéder à une large consultation des acteurs économiques qui n'ont pas d'autres moyens pour être informés, si ce n'est leur éventuelle présence au COMEX.
77. **L'article 11 prévoit une procédure de suspension automatique** de la mesure à l'initiative du gouvernement en cas de disparition « *des motifs ayant induit la protection* » ou de « *disparition de la production objet de la protection* » ou encore « *du non-respect des dispositions du commerce extérieur* ». Dans ces cas, le gouvernement peut, après une procédure contradictoire et avoir recueilli l'avis du COMEX, modifier, abroger ou suspendre temporairement la mesure. Toutefois, **elle n'a jamais été mise en œuvre.**
78. De plus, **l'article 12 prévoit un dispositif de veille économique** de la part des services du gouvernement sur les secteurs protégés. Interrogée sur ce point, la DAE a confirmé, dans un premier temps, que des protections de marché avaient bien été supprimées dans ce cadre, tout en précisant que **depuis 2014, le dispositif de veille a été supprimé.**

⁵¹ <https://douane.gouv.nc/le-tarif-douanier/le-systeme-harmonise>

⁵² Les services des douanes ont également précisé, dans le même courriel : « *La douane ne crée pas de positions tarifaires. C'est le Congrès qui le fait par voie de délibération. Face à une demande d'évolution de la réglementation dont il est considéré qu'elle requiert une identification particulière d'un produit, nous proposons la création d'une position tarifaire propre à la Nouvelle-Calédonie, dans le respect des règles de classement du système harmonisé de désignation des marchandises (SH) et en l'associant à une définition aussi objective que possible, c'est à dire autant que faire se peut, fondée sur des éléments physiques vérifiables de façon incontestable, soit directement, soit par voie d'analyse. C'est la raison pour laquelle nous nous sommes tournés vers le service commun des laboratoires (SCL) des ministères de l'économie et des comptes publics pour appréhender les éléments permettant de créer de nouvelles positions tarifaires et les contrôler dans les projets concernant les secteurs des boissons sucrées et des sacs plastiques* ».

c) *L'introduction récente d'une démarche de contractualisation entre le demandeur et le gouvernement en contrepartie de l'octroi de protection de marché, sans assise juridique et non contraignante*

79. **La volonté d'introduire des contrats de performance permettant d'obtenir des contreparties de la part des entreprises bénéficiaires de protections de marché** notamment en matière d'emplois, d'investissements et de productivité, **a été portée et présentée dans la déclaration de politique générale du 14^{ème} gouvernement de M. Philippe Germain** qui annonçait déjà vouloir : *« soutenir résolument le développement de ce secteur, en pérennisant, par une loi du pays, le dispositif des protections de marché »* tout en veillant au respect de l'intérêt général *« à travers des contrats de performances relatifs à l'investissement, à l'emploi, à la qualité, au prix des produits et au partage de la richesse »*.
80. Cette démarche de contractualisation entre la puissance publique et un opérateur économique, qui pourrait dans certains cas être étendue à une filière, a une nouvelle fois était réaffirmée dans l'agenda économique, fiscal et social partagé et la déclaration de politique générale du 15^{ème} gouvernement⁵³ qui prévoyait une réforme du dispositif des protections de marché par l'introduction *« des contrats de performance dans le dispositif législatif afin de conditionner les protections de marché à des contreparties économiques et sociales d'intérêt général et de favoriser la compétitivité de la production locale »*.
81. **Il résulte cependant de l'instruction que cette forme de contractualisation ne dispose pas d'une assise juridique permettant de contraindre les producteurs au respect des engagements souscrits, et, en cas de non-respect, d'actionner des leviers de sanctions suffisamment dissuasifs. En l'absence d'un cadre législatif, ces contrats s'inscrivent donc davantage dans une démarche de partenariat/négociation avec le gouvernement plus ou moins volontariste et ne donnant lieu à aucun suivi.**
82. Il convient d'ailleurs de souligner que le COMEX se prononce sur la demande de protection de marché sans avoir connaissance des engagements présentés par les bénéficiaires, ce qui est de nature à fausser son analyse comme le regrette la plupart des membres.
83. De plus, l'instauration d'un contrat de performance, en dehors de tout cadre juridique, **pose plusieurs difficultés** : d'une part, il n'a pas d'effet juridiquement contraignant ; d'autre part, il peut induire un effet de contournement en laissant supposer que l'autorisation de la mesure de protections de marché sera nécessairement accordée puisqu'elle a fait l'objet d'une proposition de contrat de performance (même non signée). Enfin, à ce jour, il existe trois contrats de performance rendus effectifs depuis leur signature en 2012 (Ecobag-CMF) et 2015 (ESQ et Isotechnic) mais aucun suivi des engagements n'a été mis en place aux fins de mesurer le taux de réalisation des objectifs et, le cas échéant, procéder à la révision de la protection de marché concernée.
84. L'Autorité considère qu'un dispositif contraignant imposant au demandeur de présenter des engagements susceptibles de contrebalancer les effets anticoncurrentiels de l'octroi d'une protection de marché est indispensable et devrait être encadré strictement par la loi du pays et donner lieu à un suivi régulier de la part de l'administration pendant la durée de la mesure de protection accordée (cf *infra*, II).
85. **En conclusion, l'analyse des dispositions de la délibération n° 252 et de ses modalités de mise en œuvre montre que malgré une procédure relativement précise sur le plan**

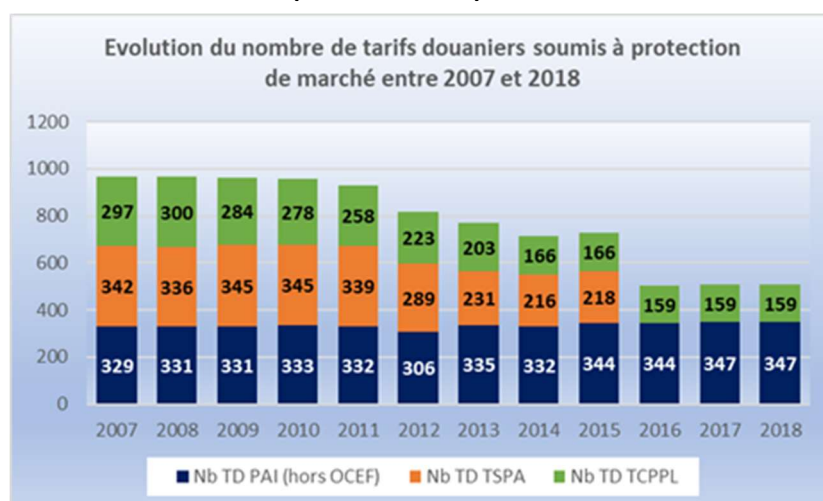
⁵³ Voir p. 23 de la Déclaration de politique générale https://gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/2017.12.22_-_dpg_2017.pdf

juridique, l'examen des demandes de protection de marché relève essentiellement d'une procédure collégiale inefficace au sein du COMEX, dont les conclusions ne sont pas toujours suivies, et qui ne s'appuie pas systématiquement sur un « test de marché » auprès de l'ensemble des tiers intéressés. En outre, l'absence de bilan transparent sur l'évolution quantitative et qualitative des protections de marché alimente un débat permanent dans la société civile.

2. L'évolution quantitative des protections de marché entre 2007 et 2018

86. D'après le bilan communiqué par la DAE⁵⁴, les protections de marché représentaient, **en 2017, une volumétrie de 506 tarifs douaniers (TD) protégés pour un rendement de la TCPPL de 742 millions de F.CFP.**
87. Rapportées au nombre total de TD que comporte la nomenclature des douanes (soit 6.830 TD), **les protections de marché représentaient 7,4 % des TD en 2017.** Il convient toutefois d'observer que si ce pourcentage de 7,4 % apparaît peu élevé, il n'inclut pas le nombre de tarifs douaniers soumis à droits de douanes ni ceux soumis à la TSPA depuis 2016 qui ont le même effet, du point de vue concurrentiel.
88. Les droits de douane sont en effet perçus sur les marchandises à l'importation à l'exception de celles originaires des pays membres de l'Union européenne et des pays et territoires d'Outre-mer associés, et des États ACP (Asie, Caraïbes, Pacifique) ayant avec l'UE des échanges préférentiels. Ces droits, dits « *ad valorem* », vont de 0 % (positions dites « exemptes »), 5 %, 10 %, 15 % à 20 % au maximum et représentent 13 % des recettes douanières en 2016⁵⁵. De même, la TSPA s'applique depuis 2016 à l'ensemble des produits agroalimentaires importés et contribue à hauteur de 1,7 milliard de FCFP aux recettes publiques (cf *infra*)⁵⁶.

Evolution du nombre de TD soumis à une protection de marché quantitative (PAI) ou tarifaire (TSPA et TCPPL) entre 2007 et 2018



Source : DAE - bilan 2007-2018 des mesures de protection de marché

⁵⁴ DAE – bilan 2007-2018 des mesures de protection de marché et publié par la FINC : <https://finc.nc/documentheque/actualites-et-avis/tgc-taxe-generale-sur-la-consommation/rapports-finc-impact-tgc/230-doc-complementaire-dae-bilan-protections-de-marche-2017/file>

⁵⁵ Voir le rapport de la Communauté du Pacifique, « *Etat des lieux de la fiscalité et des subventions en Nouvelle-Calédonie* », 2016, précité, p. 4.

⁵⁶ Ces taxes ne sont toutefois pas considérées par le gouvernement comme entrant dans le champ des barrières tarifaires au sens de la délibération n° 252. Les statistiques ci-après se cantonnent donc aux mesures de protection de marché entrant directement dans le champ de la délibération n° 252.

89. Sur le plan quantitatif, il ressort du graphique ci-dessus que sur les 506 tarifs douaniers « protégés » en 2018, **347 TD (soit 68 %) correspondent à des mesures de restrictions quantitatives (dont 37 % sont des mesures STOP), et 159 TD (soit 32%) concernent les TCPPL**⁵⁷ (voir tableau *infra*).
90. Selon la FINC, la « production locale » (hors mines et métallurgie) s'organise autour de huit filières et compte environ 2 315 entreprises employant 6 155 salariés au 1^{er} juin 2018⁵⁸ :

	Nb d'entreprises			Nb de salariés
ne = non estimé nc = non communiqué	sans salarié	employant au moins 1 salarié	% d'entreprises employantes dans la filière	estimé dans la filière*
Produits agroalimentaires	285	176	38%	1 900
Produits du bâtiment	305	160	34%	2 200
Impression et signalétique	209	27	11%	355
Produits de conso. non alimentaire	40	20	33%	250
Produits textile**	286	29	9%	250
Équipements auto, moto, bateau	ne	ne	-	ne
Produits d'artisanat d'art	ne	ne	-	ne
Équipements indus & maintenance	665	113	15%	1 200
TOTAL estimé	1 790	525		6 155
TOTAL ISEE / IEOM/ CPL	2 052	579		6 266

* Estimation du nb de salariés réalisée sur la base des données ISEE au 10 juin 2018
 ** Habillement et chaussures

91. Selon l'étude *Recensement de la production locale* réalisée par la CCI en 2014, dans le seul secteur de l'industrie de transformation :
- 22 % des entreprises de production locale étaient protégées
 - 12 % bénéficiaient de gammes de produits protégés en totalité
 - 7 % bénéficiaient de gammes de produits partiellement protégés
 - 3 % bénéficiaient de gammes de produits combinant une protection totale et partielle
 - 85 % des familles de produits du secteur industriel n'étaient pas protégées
92. Si ces chiffres n'ont pu être actualisés, l'analyse quantitative des programmes annuels des importations sur la période 2007-2018 permet d'observer une augmentation de 10 % du nombre de tarifs douaniers sous mesures de suspension concernant trois nouveaux secteurs d'activité, une stabilisation des mesures de contingentement et une réduction de 46 % du nombre de tarifs douaniers soumis à des barrières tarifaires au cours de cette période⁵⁹.

⁵⁷ Une étude menée par la FINC, en 2018, dénombre 335 mesures de contingentements, dont 208 mesures de suspension se décomposant comme suit : 128 mesures suspensives ou STOP pour les produits manufacturés ; et 80 mesures suspensives ou STOP pour les produits agricoles (dont 32 pour l'OCEF) réparties sur 529 tarifs douaniers. Les secteurs couverts allant des produits du bâtiment, aux produits textiles, en passant par les produits agro-alimentaires, les produits de consommation courante ou encore les produits d'impression et de signalétique. Il convient d'ajouter 156 TCPPL visant les produits manufacturés à ce dispositif (ces chiffres ne tiennent pas compte de la TSPA qui n'a plus le caractère de protection de marché pour la FINC).

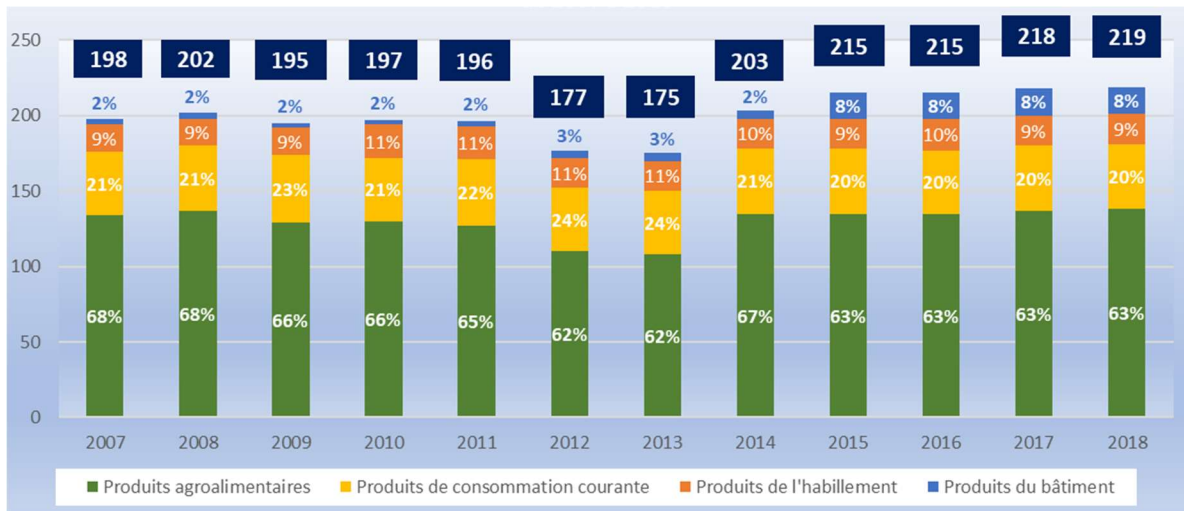
Cette étude a été présentée par la FINC lors du colloque de l'UNC « *quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie* » du 27 et 28 septembre 2018 auquel a assisté le service d'instruction.

⁵⁸ Selon l'IEOM, l'industrie manufacturière (hors mines et métallurgie) compte 2 595 entreprises employant 7 500 salariés en 2017 réparties autour des activités suivantes : réparation et installation de machine et équipements (29 %), agroalimentaire (17,4%), textile-habillement (12,3 %), produits métalliques (7 %), bois et meubles (6,5%), papier-édition-imprimerie (9,2 %), machines-équipements (3,4 %), autres industries manufacturières (15 %).

⁵⁹ Pour connaître la liste des secteurs/produits protégés en 2018, voir l'annexe 1 de la note de la DAE précitée : <https://finc.nc/documenttheque/actualites-et-avis/tgc-taxe-generale-sur-la-consommation/rapports-finc-impact-tgc/230-doc-complementaire-dae-bilan-protections-de-marche-2017/file>

93. En premier lieu, pour ce qui concerne les mesures de suspension à l'importation (STOP et SHUE), leur nombre a progressé de 10,6 % sur l'ensemble de la période observée, passant de 198 à 219 positions protégées, comme le montre le graphique ci-après.

**Graphique présentant l'évolution des mesures de suspension d'importation (STOP & SHUE)
(2007-2018)**



Source : ACNC

94. L'on peut distinguer quatre périodes distinctes :
- de 2007 à 2011, le nombre de mesures STOP et SHUE est stable ;
 - de 2011 à 2013, une baisse significative des mesures STOP et SHUE (-10,2%) qui atteignent leur plus bas niveau historique en 2013 (à 175 mesures) ;
 - en 2014/2015, une forte augmentation du nombre de mesures de suspensions dont le nombre passe en deux ans de 175 à 215 mesures suspensives (+ 22,8%) ;
 - de 2016 à aujourd'hui, le nombre de mesures STOP et SHUE est stable.
95. Ces mouvements sont à imputer d'une part au dispositif de veille économique de la DAE appliqué sur la période 2007-2014 (jusqu'en milieu d'année 2014), d'autre part aux conséquences de la jurisprudence du tribunal administratif qui a interdit le cumul de protection quantitative et tarifaire. Ces deux mouvements ont eu pour résultat la suppression ou la modification en taxes de certaines protections de marché sur l'agroalimentaire⁶⁰.
96. Il convient de souligner que la DAE n'effectuant plus de veille économique depuis 2014, son activité se limite désormais à l'examen des demandes (ou demande de renforcement) des protections de marché. L'accroissement constaté entre 2013 et 2014 est, quant à lui, le résultat de la création de 28 nouvelles positions tarifaires⁶¹ dans la filière halieutique.
97. L'industrie agroalimentaire demeure le secteur le plus représenté et concentre, à lui seul, près des 2/3 des STOP et SHUE. Cette part s'oriente à la baisse, au même titre que les biens de consommation courante, au profit des produits du bâtiment qui enregistrent une progression de + 6 points à partir de 2015.

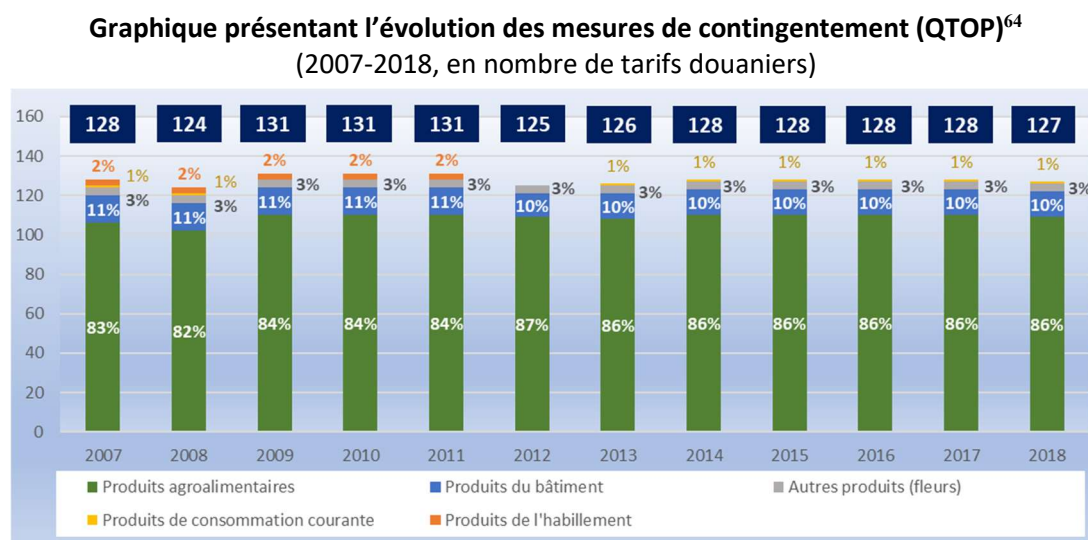
⁶⁰ Voir le cas des animaux de basse-cour qui a conduit au retrait de 15 TD par exemple.

⁶¹ Création de 28 TD supplémentaires relatifs à la filière halieutique permettant de distinguer les poissons frais et réfrigérés (10 TD), congelés (8 TD) et les autres filets de poissons et autres chairs de poissons frais, réfrigérés ou congelés (10 TD).

98. Enfin, le poids des demandes de protection de marché afférentes aux produits relevant du secteur du BTP s'est accentué depuis le ralentissement de l'activité observé depuis 2013⁶². L'impulsion entre 2014 et 2015 sur cette même catégorie de produits s'explique par la mise en place d'une mesure STOP sur douze nouvelles positions : huit pour les tubes et tuyaux, trois pour la menuiserie aluminium et une sur les panneaux sandwichs de toiture⁶³.

ii) Une stabilisation des mesures de contingentement dans tous les secteurs

99. En deuxième lieu, s'agissant des mesures de contingentement, l'analyse sur douze ans laisse transparaître une situation relativement stable, portée principalement par les produits de l'agroalimentaire à 86 % (soit 109 TD) en 2018, les fruits et légumes en représentant 50 % (60 TD).



Source : ACNC

iii) Une réduction majeure des TD soumis à TCPPL (- 46 %) qui masque l'élargissement de la TSPA à l'ensemble des produits agroalimentaires importés depuis 2016

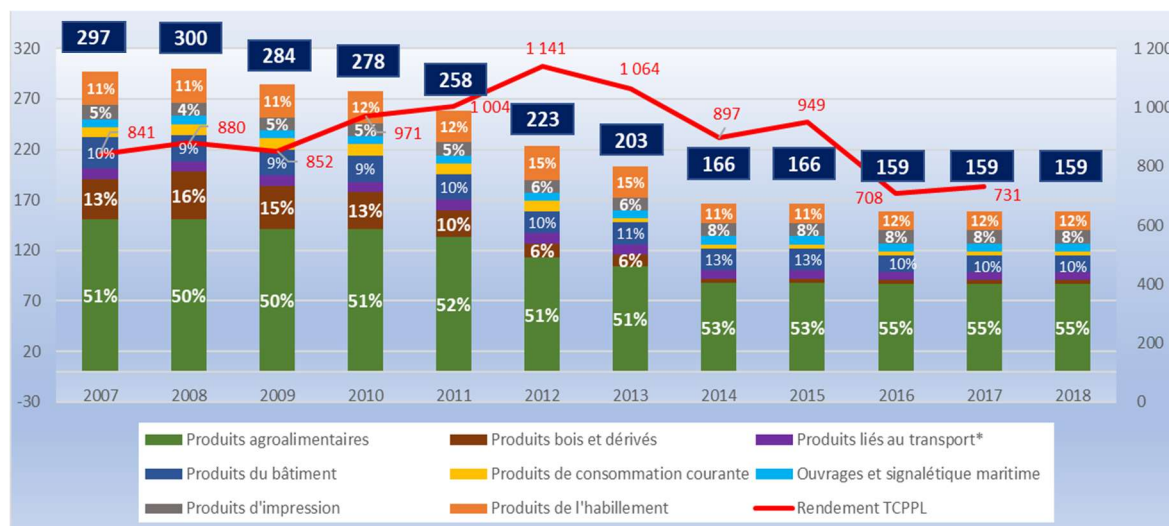
100. En troisième et dernier lieu, si les barrières tarifaires (hors droits de douanes) au sens strict se sont considérablement rétrécies (- 46 %), il convient de tempérer ce chiffre étant donné la généralisation de la TSPA à l'ensemble des produits agroalimentaires importés en 2016, qui a conduit à une augmentation globale des recettes fiscales de + 52%.
101. Le champ de la TCPPL s'est considérablement rétréci, entre 2007 et 2016, passant de 297 à 159 TD protégés (-46,5%). Il affiche depuis une relative stabilité comme le montre le tableau ci-après.

⁶² Les dossiers portés à l'analyse du service d'instruction en témoignent puisque sur les cinq demandes, trois sont intimement liées au secteur BTP : les fers à béton, les lambris PVC et les accessoires de manutention et de levage

⁶³ Conformément à l'article 1^{er} de l'arrêté n° 2015-1071/GNC du 23 juin 2015 portant modification de l'arrêté n° 2014-3787/GNC du 23 décembre 2014 relatif au programme annuel des importations pour l'année 2015 instituant une mesure STOP sur les TD 3917.21.12, 3917.21.14, 3917.23.13, 3917.23.15, 3917.32.14, 3917.32.41, 3925.20.00, 3925.30.00, 7308.90.61, 7610.10.00, 7610.90.10 et 7610.90.90.

⁶⁴ Le nombre de mesures SHUE étant négligeable, il ne sera pas présenté dans l'analyse.

Evolution des tarifs douaniers soumis à la TCPPL (2007-2018)



Source : ACNC

102. **La régression, qui s'est opérée sans discontinuer, résulte pour partie de la veille économique** entreprise sur le secteur des bois bruts qui a conduit, entre 2010 et 2014, à une simplification de la nomenclature douanière (suppression des espèces de bois identifiées sous les catégories « bois bruts », « bois tropicaux sciés » et « autres bois sciés » (-18 TD)⁶⁵, puis suppression de la distinction entre bois bruts (-7 TD) et sciés (-10 TD) pour ne finalement que maintenir 12 TD en 2013⁶⁶).
103. Concomitamment aux articles en bois, d'autres études de veilles économiques opérées sur les secteurs des conserves alimentaires, de la confiserie, des eaux, de l'impression sur support textile ont abouti au retrait d'un peu plus de cinquante positions tarifaires⁶⁷.
104. Entre 2007 et 2017, le rendement moyen de la TCPPL s'élevait à 913 millions de F.CFP et présentait une croissance continue jusqu'en 2012 (soit + 35,7% par rapport à 2007). A partir de 2013, date à laquelle le **tribunal administratif a interdit le cumul de barrières quantitatives et tarifaires**, les recettes fiscales engendrées par la TCPPL n'ont pas cessé de décliner, passant de 1.064 à 742 millions de F.CFP en 2017 (soit -31,3% par rapport à 2013)⁶⁸.
105. S'agissant de la TSPA, le graphique *infra* permet d'apprécier son évolution ainsi que son champ d'application sur la période 2007-2015⁶⁹. Il en résulte que, sur la première moitié, le nombre de positions soumises à TSPA dépassent les 300 pour amorcer en 2013 un recul significatif de 20 %. Cette contraction, alimentée par les filières halieutique et légumière, résulte d'une suppression massive de sous positions tarifaires sur certaines variétés de légumes (choux,

⁶⁵ Ainsi 6 TD disparaissent dans la catégorie bois bruts, 7 TD dans les « bois tropicaux sciés » et 5 TD dans les « autres bois sciés ».

⁶⁶ En 2013 il ne reste plus que le bois pour le chauffage (1TD), le bois en plaquette en conifère (2 TD), les sciures (1 TD), le charbon de bois (2 TD), le bois de conifères et autre (2 TD) et les meubles (4TD).

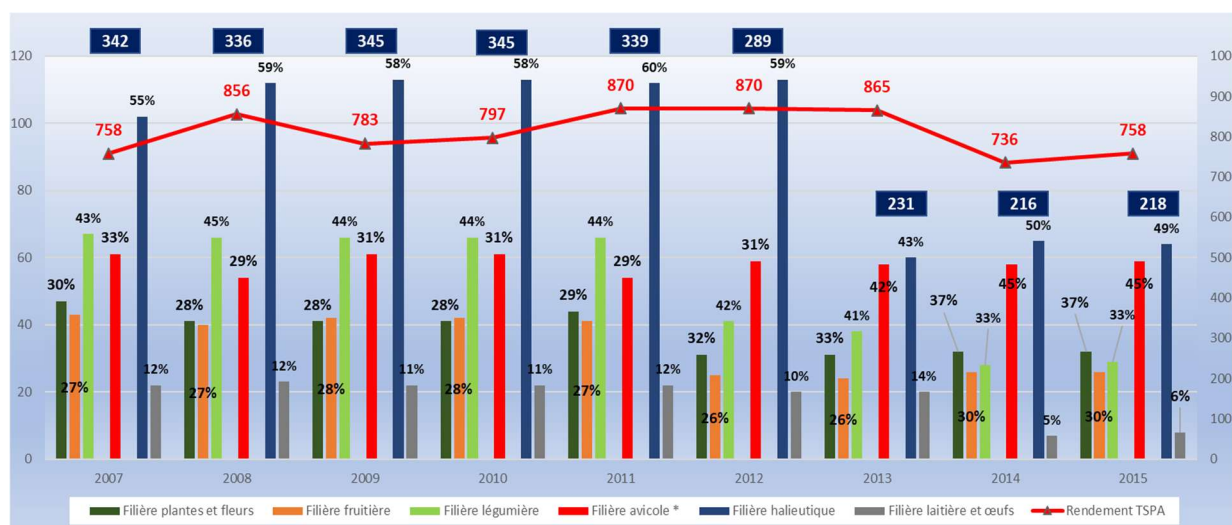
⁶⁷ Conformément à l'article 2 de l'arrêté n° 2013-3479/GNC du 10 décembre 2013 modifiant l'arrêté n° 2013-1409/GNC du 11 juin 2013 fixant la liste des produits soumis à la taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA) et à la taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale (TCPPL) pour l'année 2014.

⁶⁸ Voir sur le site de l'ISEE les recettes douanières.

⁶⁹ Etant précisé que les années 2016, 2017 et 2018 n'ont pas été prises en compte dans l'analyse eu égard à l'élargissement de la TSPA à l'ensemble des produits agroalimentaires et plus seulement aux seuls produits importés concurrents

haricots et diverses courges) et espèces de poissons et leurs sous-produits (-60 TD entre 2012 et 2013). Dans le même temps, la catégorie des filets de poissons congelés a augmenté par la création de quatorze créations supplémentaires relatives aux espèces de poissons « endémiques » déclinées en filets ou en autres chairs de poissons (même hachées).

**Evolution du nombre de tarifs douaniers soumis à la TSPA
(2007-2015)**



Source : ACNC

106. Entre 2007 et 2015, le rendement moyen de la TSPA s'est élevé à 810 millions de F.CFP et a présenté une relative stabilité jusqu'en 2013. A partir de 2013, les recettes fiscales engendrées par la TSPA se sont orientées à la baisse (-14,9%), passant de 865 à 736 millions (2014) puis 758 (2015).
107. Toutefois, depuis l'extension de la TSPA en 2016 à l'ensemble des produits agroalimentaires importés, qu'ils soient concurrents ou non des produits locaux, les recettes ont doublé passant de 841 (en 2007) à 1.697 millions de F.CFP (en 2017). Or, ce changement ne saurait en aucun cas retirer le caractère de barrières tarifaires à la TSPA qui vient renchérir le prix de tous les produits agricoles et agroalimentaires importés, à l'exclusion des produits locaux comme le souligne encore le site internet de la Direction régionale des douanes⁷⁰.

Evolution du rendement fiscal des barrières tarifaires (TCPPL et TSPA) entre 2007 et 2018



Source : DAE- bilan 2007-2018 des mesures de protection de marché

⁷⁰ La TSPA est définie ainsi : « Cette taxe, dont les taux et quotités sont fixés par le tarif des douanes, s'applique aux produits agricoles ou alimentaires importés afin de protéger la production locale. », voir <https://douane.gouv.nc/entreprises-la-fiscalite-douaniere/les-droits-et-taxes-applicables>.

B. Une réglementation qui a contribué à façonner un modèle de développement économique atypique largement protégé de la concurrence internationale...

108. Petite économie insulaire au milieu du Pacifique, la Nouvelle-Calédonie se distingue des autres économies insulaires françaises et océaniques par un niveau de vie et de développement humain élevé bien qu'elle souffre des contraintes liées à l'étroitesse de son marché intérieur et à son éloignement des grandes routes maritimes (1). Ces contraintes l'ont conduite à privilégier une politique volontariste d'import-substitution pour développer le tissu agricole et industriel local en se protégeant de la concurrence internationale (2).

1. Un modèle économique atypique parmi les petites économies insulaires

109. « *L'étroitesse du marché néo-calédonien et son relatif isolement géographique mais aussi les héritages de l'économie coloniale, avec son mélange de soutiens et de protections, et l'importance des transferts depuis la France métropolitaine ont façonné une structure économique et commerciale atypique, qui se différencie de celle de nombreuses petites économies insulaires* », tel est le constat fait dans l'ouvrage collectif paru en 2016 intitulé : « *La Nouvelle-Calédonie face à son destin* »⁷¹. Il convient d'en expliquer les raisons pour mieux comprendre le débat sur les protections de marché en Nouvelle-Calédonie.

a) Les contraintes de l'économie calédonienne : insularité, éloignement, étroitesse du marché...

110. Comme de nombreux Etats insulaires, **la situation géographique de la Nouvelle-Calédonie forme une barrière naturelle lui permettant de se prémunir de l'environnement extérieur mais constitue un surcoût indéniable en raison de son degré d'éloignement des pôles urbains et commerciaux**. L'existence de ce surcoût, observable à tous les niveaux (citoyen, entrepreneurial et politique), engendre par nature un phénomène de déficits chroniques qui pèse sur la compétitivité des entreprises industrielles et le pouvoir d'achat des ménages.
111. Dans la sphère entrepreneuriale, des performances associées à la circulation des biens, services, marchandises, de même que l'éloignement des réseaux de distribution, génèrent des surcoûts sur le plan du transport des intrants (matières premières) importés, comme des extrants (produits finis) exportés. De plus, certains salaires (ceux concernant le personnel spécialisé) tendent à être plus élevés étant donné la plus faible disponibilité d'une main d'œuvre qualifiée. L'ensemble de ces surcoûts représente indéniablement une liste non exhaustive de facteurs qui peuvent affecter les coûts de production et donc la compétitivité des entreprises localisées en région éloignée. Le consommateur s'en trouve aussi affecté par un coût de la vie qui tend à être plus élevé⁷².
112. Si la Nouvelle-Calédonie paraît de prime abord en retrait du marché métropolitain et européen, **ce principe d'éloignement reste à nuancer** en raison, d'une part, du rattachement historique à la Métropole (à l'instar des autres Outre-mer) et, d'autre part, de sa proximité géographique avec les marchés anglosaxons (Australie et Nouvelle-Zélande) et asiatiques (Singapour, Chine

⁷¹ De Séverine Bouard, Jean-Michel Sourisseau, Vincent Geronimi, Séverine Blaise et Laïsa Roi.

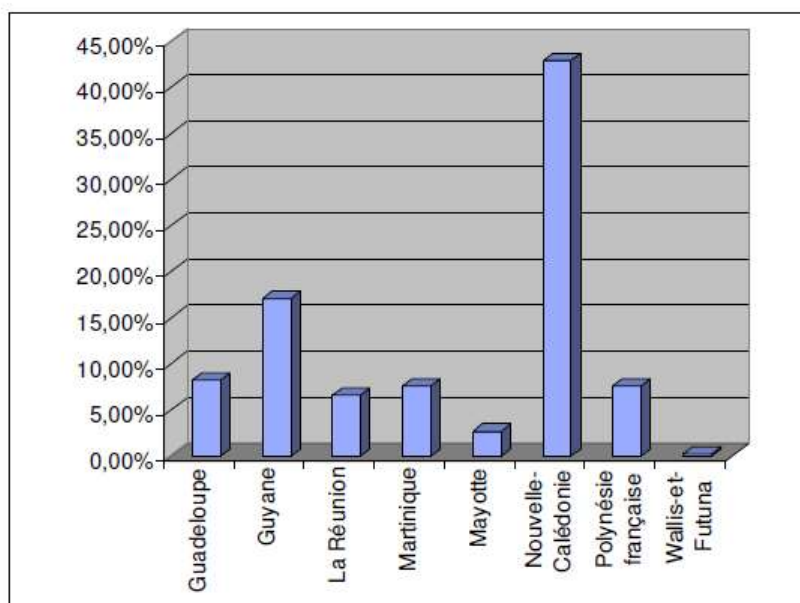
⁷² Voir ACNC Avis n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 relatif au projet de loi du pays modifiant les dispositions de l'article Lp. 442-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et, au projet de loi du pays modifiant les articles Lp. 411-2 et Lp. 412-4 du code de commerce, certaines dispositions de la loi du pays n°2016-15 du 30 septembre 2016 ainsi que les dispositions spécifiques de remboursement des taxes sur les stocks.

<https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis-0003-0004-tgc.pdf>

et République de Corée du Sud). Ainsi, ses principaux partenaires commerciaux sont la Métropole (24,8 %), le reste de l'UE (14,7 %), l'Australie (11,4 %), Singapour (11 % - produits pétroliers) et la Chine qui concentrent à eux-seuls 65 % du volume total des échanges pour l'année 2017 et confortent la tendance observée depuis trois ans⁷³.

113. **Parallèlement à ces facteurs exogènes, les entreprises locales et en particulier celles relevant du secteur industriel sont soumises à des contraintes liées à l'étroitesse du marché intérieur (environ 278 000 habitants), ne permettant pas aux producteurs de générer des volumes de production suffisants en vue de dégager des économies d'échelle.** Ce phénomène, inhérent aux petites économies insulaires, impose une échelle de production réduite, peu compatible avec l'utilisation de processus automatisés. Dans de nombreuses économies insulaires, il a conduit à privilégier une politique d'approvisionnement fondé sur l'importation en raison des difficultés à développer l'industrie locale.
114. Or, comme le souligne M. Gael Lagadec, Maître de conférence en économie⁷⁴ : « *En Nouvelle-Calédonie, le débat entre les bienfaits de l'import ou de la production locale est sans doute plus virulent que dans le reste de l'outre-mer. Ceci est dû à l'existence d'un tissu industriel local (historiquement construit autour du nickel via les sous-traitants de la Société Le Nickel) qui n'a pas d'équivalent dans les autres territoires ultramarins. La comparaison des taux de couverture (graphique n° 2) montre la spécificité de la Nouvelle-Calédonie en termes de production locale*⁷⁵.

Graphique n° 2 : Taux de couverture des importations par les exportations



Sources : IEDOM (2010), IEOM (2010-a), IEOM (2010-b), Lagadec et Ris (2010-a)

115. Or, il ressort de l'instruction que l'essentiel du parc industriel des entreprises calédoniennes est surdimensionné. Il en découle une **sous-utilisation de l'outil de production** (capacités ne fonctionnant qu'à 30-50%), **impactant négativement la performance de l'appareil productif et *in fine* orientant à la hausse les coûts unitaires de production.**

⁷³ Voir les données statistiques du commerce extérieur sur les principaux partenaires commerciaux sur le site de l'ISEE : <http://www.isee.nc/economie-entreprises/economie-finances/commerce-exterieur>

⁷⁴ Actuellement Président de l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

⁷⁵ Gael Lagadec, « Insularité et vie chère : Faut-il produire ou importer ? Analyse politique du débat en Nouvelle-Calédonie », Cahier du LARJE, n° 2011-1.

116. Enfin, parmi les principales charges que doivent supporter les entreprises figurent, au premier plan, les **coûts d'approche des matières premières**, qui peuvent être sujettes à une volatilité des prix, le **coût du fret et de l'acconage** ainsi que la **masse salariale**, dont les salaires nominaux⁷⁶ ont sensiblement augmenté⁷⁷.
117. Les travaux de l'Agence Française de Développement sur les petites économies d'Outre-mer illustrent cette situation qui conduit le producteur local à la tentation protectionniste et présentent le cheminement suivant : « *Pour que je sois compétitif, il faut que je produise à grande échelle. Pour cela, il faut que j'aie tout le marché local, autrement dit, il faut interdire ou pénaliser fortement les importations* »⁷⁸.
118. **En définitive, en raison de ces contraintes l'exportation de produits manufacturés est perçue comme difficile⁷⁹ et la protection des productions locales par rapport à la concurrence de l'importation comme une nécessité dans certains cas.**

b) Le succès de l'économie calédonienne entre 1960 et 2012 grâce à un double phénomène de rente

119. **La croissance de la Nouvelle-Calédonie, largement extensive au cours des dernières années⁸⁰, s'est développée au travers d'un double phénomène de rentes : l'un résultant de celle minière et des investissements directs étrangers qui se sont échelonnés durant la période de construction des complexes métallurgiques, et l'autre, constitué des transferts budgétaires conséquents en provenance de la Métropole⁸¹ ainsi que, dans une moindre mesure, de l'UE.**
120. Petite économie insulaire, la Nouvelle-Calédonie fait figure d'exception. En effet, dans l'ensemble de l'Outre-Mer français, et plus encore en Océanie insulaire⁸², **ce territoire se classe au 3^{ème} rang des régions du Pacifique** avec un PIB/habitant de 3,53 millions de F.CFP en 2016 loin devant les autres îles⁸³.
121. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie présente les **signes d'un développement économique à deux vitesses** : d'un côté, une croissance soutenue de la richesse globale sur une longue période (avec un rythme de croissance annuel de 4 % pendant près de 50 ans⁸⁴) concourant à l'amélioration de la richesse par habitant⁸⁵ et, de l'autre, des inégalités de niveau de vie persistantes (tant au

⁷⁶ Ou salaire perçu par unité de temps (par heure ou par mois).

⁷⁷ Deux phases peuvent être clairement identifiées : de 1992 à 2001, le Salaire Minimum Garanti (SMG) a suivi l'inflation, alors qu'à partir de 2002, le SMG réel s'accroît régulièrement suite à la mise en place d'une politique de revalorisation salariale et de lutte contre « *la vie chère* ».

⁷⁸ Ce constat est mis en avant par l'Agence Française de développement dans son document de travail n° 52 intitulé « *Eloignement, insularité et compétitivité dans les petites économies d'outre-mer* ».

⁷⁹ A ceci viennent s'ajouter des difficultés de pénétration des marchés extérieurs liées aux barrières douanières et phytosanitaires drastiques comme c'est le cas pour l'Australie et la Nouvelle-Zélande

⁸⁰ Cumulant une croissance capitaliste et une forte croissance de l'emploi.

⁸¹ Financement des compétences régaliennes et non régaliennes, dotations.

⁸² Dans l'environnement régional de la Nouvelle-Calédonie, un certain nombre de pays sont membres de l'OMC : l'Australie et la Nouvelle-Zélande depuis 1995, les Fidji et la Papouasie-Nouvelle-Guinée et les Iles Salomon depuis 1996, Tonga depuis 2007 et Samoa et Vanuatu depuis 2012.

⁸³ Derrière l'Australie (5,37) et la Nouvelle-Zélande (4,25) et devant les Îles Fidji (0,56), le Vanuatu (0,31) et la Papouasie Nouvelle-Guinée (0,27) - Données extraites de la Banque Mondiale et de l'ISEE.

⁸⁴ L'économie calédonienne a connu une augmentation du niveau de richesse globale sur la période de 1965-2010 de plus de 4% annuellement soit plus que la croissance de la métropole.

⁸⁵ Classant la Nouvelle-Calédonie au 3^{ème} rang en matière de PIB/hab dans son environnement géographique derrière l'Australie (5,37) et la Nouvelle-Zélande (4,25) – Rapport d'activité 2017 de l'IEOM.

niveau du territoire dans son ensemble et plus encore entre provinces et même au sein des provinces elles-mêmes).

122. Les ressources minières qui, si elles contribuent de manière importante au commerce extérieur, aux recettes fiscales et à la fixation d'emplois, n'en demeurent pas moins fragiles car fondées sur une ressource naturelle à laquelle doit être trouvée des relais de croissance. Or, en dehors du nickel, la base productive est réduite⁸⁶.
123. Les données présentées dans les tableaux ci-après permettent de constater que **le modèle de développement économique de la Nouvelle-Calédonie n'a pas réussi à lutter contre le déclin du secteur primaire mais a bien favorisé l'essor du secteur de l'industrie de transformation locale**. Représentant 9 % de la valeur ajoutée sur le territoire en 2016, le secteur de l'industrie (hors mines et métallurgie) emploie 6,7 % des effectifs salariés (soit près de 7 500 salariés), compte près de 2 600 entreprises en 2017 et génère 7 % des créations d'entreprises. Sur la période, 2007-2017, le secteur a connu une progression de 41 % du nombre et des effectifs des entreprises comme le montre le tableau ci-dessous⁸⁷.

Nombre et effectifs des entreprises de l'industrie manufacturière, hors métallurgie

	2007	2015	2016	2017	Variation 2017/2016
Industries manufacturières	1 837	2 493	2 520	2 595	3,0%
dont 0 salariés	1 408	1 922	1 953	2 020	3,4%
dont 1 à 19 salariés	376	496	490	500	2,0%
dont 20 à 50 salariés	41	56	59	58	-1,7%
dont 50 à 99 salariés	9	13	11	11	0,0%
dont plus de 100 salariés	3	6	7	6	-14,3%

Sources : ISEE, RIDET, CAFA T

124. Il n'en reste pas moins que ce sont les services marchands qui contribuent le plus à la croissance économique depuis le début des années 90 : la part de ces derniers dans la valeur ajoutée atteint près de 40 % alors que celle des services non marchands tend à s'amoinrir avec ses 22 % mais conserve tout de même un niveau élevé supérieur aux secteurs du commerce (11,3 %), et de la construction (10,4%).

Tableau sur la répartition sectorielle de la valeur ajoutée
(en % du PIB réel)

	1975-1989	1990-2005	2006-2012	2016 (e)
Agriculture + IAA	3,61	3,83	3,02	2,5
Nickel (mines + métallurgie)	16,38	7,85	8,44	5,0
Industries diverses (hors nickel)	6,4	5,78	5,3	9,0
Construction – Travaux publics	7,23	7,04	10,39	11,0
Commerce	22,9	17,33	11,33	11,0
Services marchands	19,4	32,05	37,86	40,0
Services non marchands	24,08	22,3	15,92	22,0

Source : ISEE (1975-2012) – IEOM (2016)

⁸⁶ L'agriculture a beaucoup régressé depuis ces 30 dernières années (Voir l'Avis sur la filière fruits et légumes), la part de l'industrie (hors BTP) dans le PIB et dans l'emploi est relativement faible (environ 8 %) et le tourisme souvent considéré comme un axe prometteur, peine à démarrer en dépit des schémas de développement.

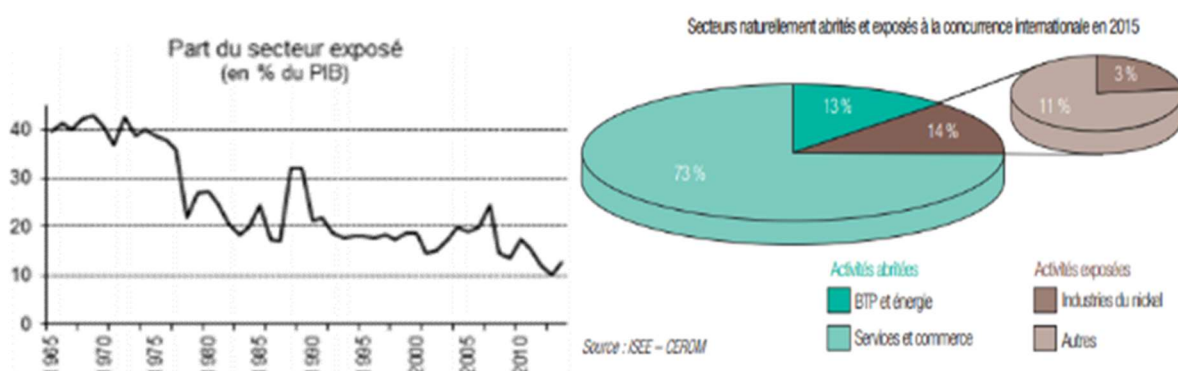
⁸⁷ Voir le rapport annuel de l'IEOM sur la Nouvelle-Calédonie 2017, édition 2018, p. 103.

2. Une économie protégée de la concurrence « étrangère » et relativement concentrée sur son marché intérieur

a) Une économie qualifiée d'« économie sous serre » en raison de sa politique protectionniste en faveur du secteur primaire et secondaire

125. Dans le dernier rapport de l'IEOM, il est indiqué que : « *L'isolement combiné à la politique d'import substitution et de protection font que la Nouvelle-Calédonie apparaît comme une économie particulièrement introvertie* »⁸⁸. En effet, l'analyse du commerce extérieur de la Nouvelle-Calédonie et, en premier lieu, celle de sa balance des paiements, reflète un déficit chronique du compte de transactions courantes depuis le milieu des années 2005 en raison des besoins croissants en biens et services liés à la construction des projets métallurgiques se traduisant ainsi par un besoin de financement.
126. Concomitamment au déficit de sa balance des paiements, ce territoire présente au niveau de ses échanges avec l'extérieur une situation analogue en raison de la faible diversité de ses exportations qui restent encore largement dominées par les produits issus de l'industrie nickel, principales sources de recettes, et de quelques produits de la mer (dont les crevettes). Or, même si le taux d'ouverture de la Nouvelle-Calédonie⁸⁹ a augmenté entre 1998 (18 %) et 2006 (25 %), il demeure encore relativement faible, à l'instar de celui de la Polynésie Française.
127. **Le modèle de développement singulier de la Nouvelle-Calédonie lui a donc permis de contourner la contrainte extérieure et de maintenir une « solvabilité artificielle » de la demande intérieure en protégeant son marché, favorisant le développement d'une économie parfois qualifiée d'« économie sous serre » et de « croissance en circuit fermée »**⁹⁰.
128. Les graphiques *infra* mettent en exergue l'augmentation de la part des activités abritées dans le PIB et le recul significatif du poids relatif du secteur exposé/concurrencé. Cette évolution a été intensifiée par l'augmentation des mesures de protections de marché corrélée à la forte baisse du secteur du nickel au PIB. **Le secteur exposé/concurrencé, aux alentours de 40 % du PIB au début des années 1965, a amorcé une forte baisse dès le milieu des années 70 en diminuant de moitié et a conservé une relative stabilité (moins de 20 %), avant de chuter à nouveau à 13 % en 2015 (CEROM 2017).**

Poids relatif des secteurs exposés/concurrencés en Nouvelle-Calédonie



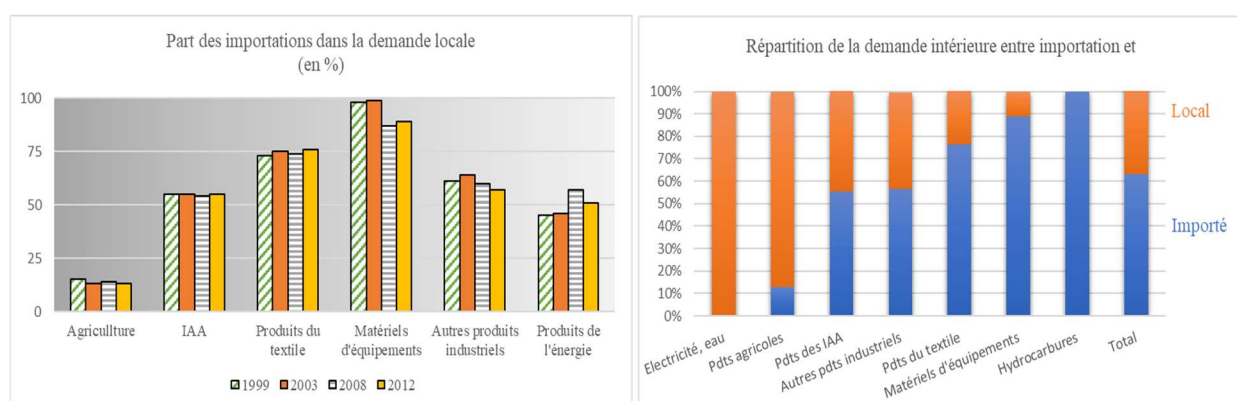
⁸⁸ Voir le Rapport d'activité 2017 de l'IEOM page 55.

⁸⁹ Ce taux mesure le poids des échanges de biens avec l'extérieur par rapport au PIB et correspond donc à $(\text{importations} + \text{exportations}) / 2 \times \text{PIB}$.

⁹⁰ Serge Rey, CATT, Université de Pau et du Pays de l'Adour et Catherine Ris, LARJE, Université de Nouvelle-Calédonie, « *Quelle est l'évolution de la productivité sectorielle du travail et de la compétitivité de l'économie calédonienne depuis 30 ans* », Cahiers du LARJE, n° 2018-2, juin 2018.

129. Dans de récents travaux traitant de la compétitivité de l'économie calédonienne, les auteurs mettent en avant **la faiblesse des activités exposées à la concurrence internationale par rapport à d'autres économies insulaires du Pacifique Sud** et relèvent ainsi « *A titre de comparaison, selon les World Development Indicators de la Banque Mondiale, les activités exposées à la concurrence internationale contribuaient en 2000 pour 28% au PIB de Kiribati, pour 43% en Papouasie Nouvelle-Guinée et pour 33% environ à Fidji et à Tonga* »⁹¹. Les graphiques *infra* permettent, quant à eux, d'apprécier la répartition de la demande intérieure entre les importations et la production locale.

Part des importations dans la demande locale et répartition de la demande intérieure entre production locale et importations



Sources : ISEE, ACNC

130. **La dépendance aux importations, si elle reste majoritaire, tend à se stabiliser aux alentours de 60%.** Si la Nouvelle-Calédonie est fortement dépendante de l'extérieur pour son approvisionnement en hydrocarbures et en matériels d'équipement, **les entreprises locales se positionnent bien sur deux marchés : l'agriculture et les industries agroalimentaires (IAA), en plus de l'électricité et de l'eau, activités par nature locales.**
131. En effet, **ces deux secteurs bénéficient de protections de marché relativement importantes** qui prennent la forme, dans le cas des fruits et légumes de restrictions quantitatives et dans le cas des produits agroalimentaires de mesures diverses (STOP, QTOP ou TCPPL) auxquelles viennent s'ajouter des taux de TSPA variant de 3 à 25 %. Pour la production de produits agricoles, les entreprises calédoniennes sont largement majoritaires, détenant près de 90% du marché, et pour le marché de l'agroalimentaire, la production locale (45 %) se partage le marché à parts quasi égales avec les produits importés (55 %).
132. **En complément des mesures de protections de marché, il faut également souligner l'existence d'autres dispositifs d'accompagnement** déployés à l'échelle du gouvernement et des provinces **en faveur de l'agriculture et de l'industrie**, dont :

⁹¹ Cahiers LARJE n° 2018-2 de juin 2018 : « *Quelle est l'évolution de la productivité sectorielle du travail et de la compatibilité de l'évolution calédonienne depuis 30 ans ?* ».

- les **exonérations de taxe** à l'importation, pour un montant annuel moyen de 16,4 milliards F.CFP par an sur la période 2010-2015⁹². La répartition par secteur d'activité montre que la construction d'usine reste le secteur qui bénéficie le plus d'exonération : 45 % pour la construction d'usine et 10 % pour la mine et la métallurgie. Ces deux secteurs ont donc bénéficié sur la période de 55 % des exonérations douanières. Ces exonérations de taxes ont été **remplacées depuis le 1^{er} octobre 2018 par un taux réduit de taxe générale sur la consommation à 3 %** sur les biens éligibles résultant d'un processus de transformation suffisant mis en œuvre par une entreprise dont l'activité relève d'un des secteurs éligibles⁹³ ;
- le **dispositif de défiscalisation nationale** qui a bénéficié, sur la période 2004-2012, à hauteur de 13 % des agréments au secteur agricole, de 13 % aussi au secteur de la construction mais seulement à hauteur de 2 % pour l'industrie (hors mines)⁹⁴ ;
- le nouveau **dispositif de défiscalisation calédonien** qui consiste à encourager l'investissement ;
- le **crédit d'impôt en faveur de l'exportation** adopté par le congrès le 29 août 2018 qui repose sur un crédit d'impôt pour les dépenses liées à la prospection commerciale en vue d'exporter (plafonné à 50 MF pendant 15 années successives) et sur un avantage fiscal pour compenser le paiement des centimes additionnels à l'exportation ;
- les **subventions des provinces**, à travers leur code des aides au développement à l'économie à titre d'exemple, 37 % des subventions de la Province Sud étaient destinées au secteur agriculture/pêche et 4,8 % au secteur de l'industrie en 2016 ;
- et un **abattement de 5,5 % sur les tarifs de base de l'électricité** en faveur des établissements industriels de production ou de transformation.

b) Une économie marquée par la concentration de certains marchés peu concurrentiels et un phénomène de « vie chère » que renforcent les protections de marché

133. **Protégée de la concurrence internationale, la Nouvelle-Calédonie l'est également sur son marché intérieur.** En effet, l'étroitesse des marchés et l'isolement de la Nouvelle-Calédonie ne sont pas propices à l'épanouissement d'une concurrence très vive sur le marché intérieur calédonien : comme l'ont souligné plusieurs producteurs auditionnés au cours de l'instruction, dans le secteur industriel, il n'y a souvent de place que pour un nombre réduit d'opérateurs viables en raison des investissements à engager, et lorsque la demande est essentiellement

⁹² Voir le rapport de la Communauté du Pacifique, « *Etat des lieux de la fiscalité et des subventions en Nouvelle-Calédonie* », 2016 :

<https://www.spc.int/sites/default/files/wordpresscontent/wp-content/uploads/2016/12/Rapport-Verdisst-Fiscalite-Etape1.pdf>

⁹³ Les biens réputés éligibles au sens de l'article R. 505-1 doivent présenter les critères cumulatifs suivants : Résulter d'une transformation suffisante de matières premières, matériaux ou produits semi-ouvrés ; Être issus d'une activité relevant d'un des secteurs suivants : l'industrie et l'artisanat ; l'agriculture, l'élevage, la sylviculture et l'exploitation forestière ; la pêche maritime professionnelle et l'aquaculture ; Avoir été produits par une entreprise (Inscrite en Nouvelle-Calédonie au registre du commerce et des sociétés, au registre de l'agriculture ou au répertoire des métiers ; Ayant son siège social en Nouvelle-Calédonie ou un établissement stable dans lequel est réalisé le processus de transformation suffisant ; Assujettie à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux, des bénéfices agricoles ou des bénéfices non commerciaux).

⁹⁴ Voir le rapport de la Communauté du Pacifique, « *Etat des lieux de la fiscalité et des subventions en Nouvelle-Calédonie* », 2016, précité, p. 41.

locale, comme pour la distribution, il est difficile d'exploiter des économies d'échelle comme indiqué *supra*.

134. **Il en résulte une forte concentration dans le secteur industriel (oligopoles étroits voire monopoles naturels⁹⁵) qui trouve également son pendant dans le secteur de la distribution en particulier dans le secteur de la distribution au détail.** A titre d'exemple, comme l'a montré l'Autorité à l'occasion de son avis relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes du 23 juillet 2018, le secteur de la distribution alimentaire au détail est dominé par les grandes et moyennes surfaces, principalement organisées autour d'un duopole entre deux groupes internationaux (Groupe Bernard Hayot et Groupe Kenu In), qui disposent à ce jour d'environ 70 % des parts de marché dans le grand Nouméa en particulier.
135. **Ce phénomène de concentration contribue au développement de la « vie chère »** en Nouvelle-Calédonie compte tenu de la puissance de marché des opérateurs qui peuvent ainsi augmenter les prix par rapport à une situation concurrentielle et ce, d'autant plus, que la demande solvable est peu élastique aux prix (voir *infra*).
136. **Or, l'octroi de protection de marché, en particulier de protections quantitatives, renforce cette tendance à la concentration. En outre, leur efficacité pour parvenir aux objectifs poursuivis est relative.**
137. Dans le secteur agricole, l'Autorité a pu constater dans le cadre de ses avis n° 2018-A-01 et n° 2018-A-04 que les dispositifs de soutien à l'agriculture, qui ont pour pilier le dispositif de protections de marché, permet d'écouler prioritairement les produits locaux et contribue à l'augmentation de la production animale et végétale, sans pour autant améliorer sensiblement le taux d'autosuffisance alimentaire compte tenu de la croissance démographique, ni empêcher le déclin de la population agricole (moins de 2 % de la population active en 2017). En outre, dans le secteur des fruits et légumes en particulier, elle a démontré que le système de contingentement instauré sous l'égide de l'ERPA a contribué à l'augmentation anormale des prix entre 2010 et 2016.
138. Dans le secteur de l'industrie de transformation, si les protections de marché contribuent – avec les autres dispositifs de soutien – à la création d'emplois et au développement du secteur qui résiste bien à la contraction de l'économie, elles ne favorisent pas la compétitivité des entreprises calédoniennes, laquelle est déjà entamée par la stagnation de la productivité des facteurs de production alors que les coûts salariaux et unitaires augmentent, comme le montre une étude économique récente conduite par M. Serge Rey et Mme Catherine Ris en juin 2018⁹⁶, au terme de laquelle il apparaît que le modèle de croissance économique endogène de la Nouvelle-Calédonie s'essouffle.
139. Enfin, l'Autorité relève que **le dispositif de protection de marché est aujourd'hui contesté par les consommateurs calédoniens** comme le montrent les résultats de la consultation publique⁹⁷ qu'elle a conduite dans le cadre de son instruction.

⁹⁵ A titre d'exemple, l'examen des 5 demandes de protection de marché soumises à l'avis de l'Autorité montre que 3 des entreprises demandeuses sont en monopole sur le marché pertinent pour lequel elles demandent une protection (3P, AEDES, Boniface Acma) et l'une d'entre elles est en position dominante avec environ 70 % des parts de marché (TFL/Socalait).

⁹⁶ Serge Rey, CATT, Université de Pau et du Pays de l'Adour et Catherine Ris, LARJE, Université de Nouvelle-Calédonie, « *Quelle est l'évolution de la productivité sectorielle du travail et de la compétitivité de l'économie calédonienne depuis 30 ans* », Cahiers du LARJE, n° 2018-2, juin 2018.

⁹⁷ Cette consultation, qui n'a pas valeur de sondage, visait essentiellement à apprécier la perception des consommateurs sur l'impact positif ou négatif des protections de marché sur la production et l'industrie locale au regard du bien-être du consommateur.

Synthèse des résultats de la consultation publique lancée par l'Autorité de la concurrence

Sur 708 personnes ayant répondu d'initiative à cette consultation publique, l'on peut constater un panel assez varié avec une répartition équilibrée des sexes avec 44,3 % de femmes et 55,7 % d'hommes. La majorité de participants sont actuellement actifs (73,9 %) et 20,7 % sont des retraités, sachant que la représentation des âges est variée : 27,8% ont moins de 40 ans ; 28,2% ont entre 40 et 49 ans ; 22,9 % entre 50 et 59 ans ; et 21,1% ont plus de 60 ans.

L'ensemble des domaines d'activités sont représentés : industrie, commerce, services, administrations, etc. En revanche, la répartition géographique montre que 96,8 % des participants sont en Province Sud, dénotant une sous-représentation des consommateurs des Provinces Nord et des Iles.

La consultation publique a principalement touché un public averti car 69,7 % des personnes qui se sont exprimées se déclarent sensibilisées ou connaître la réglementation en matière de protections de marchés en Nouvelle-Calédonie. En revanche, 63 % des participants ignorent le rôle du comité du commerce extérieur (COMEX).

L'Autorité en déduit que les moyens utilisés (réglementation STOP, QTOP, Etc.) pour protéger les marchés calédoniens sont donc connus mais que le fonctionnement pour mettre en œuvre et appliquer cette réglementation ne l'est pas, ou pas suffisamment.

Cette consultation publique permet de constater que les participants sont sensibles au soutien de l'industrie locale et au développement de l'emploi local mais pas à n'importe quel prix. Ainsi, la majorité des participants ne sont pas prêts à payer un produit local plus de 5 % plus cher qu'un produit importé et 37,5 % refuseraient le moindre surcoût (- 25,6 % accepteraient un surcoût allant jusqu'à 10 % maximum et 16,4 % accepteraient un surcoût allant jusqu'à 20 % maximum).

De plus, 51 % des répondants sont d'accord avec le fait que les protections de marché contribuent au soutien à l'investissement industriel (28 % sont contre et 21 % sont neutre). La tendance est sensiblement identique concernant la contribution de cette réglementation au développement de la production locale avec un total de 52 % des réponses favorables (33 % contre et 15 % neutre).

En revanche, le principe des protections de marché est mal accepté puisque 59,9 % des participants considèrent qu'il n'est pas nécessaire de protéger les produits locaux face à la concurrence des produits étrangers importés (36,5 % des réponses indiquent qu'il ne faudrait aucune protection particulière sur le marché pour laisser agir la concurrence). De même, 60,5 % des répondants estiment que ces mesures ne sont pas nécessaires à la protection de l'emploi local.

Par ailleurs, une très grande majorité des réponses montre que les protections de marché ne sont pas considérées comme bénéfiques au consommateur. En effet 79,2 % des répondants pensent que ces mesures ne favorisent pas l'innovation et l'amélioration de la qualité des produits protégés (sans pour autant porter de jugement sur la qualité de ces produits) et 82,5 % et 80 % pensent respectivement que ces protections de marché limitent le choix et contribuent à l'augmentation des prix pour le consommateur.

Les mesures STOP sont les plus critiquées de ce point de vue (79,9 % d'avis défavorables) tandis que les mesures de contingentement restent majoritairement mal perçues (54 % d'avis défavorables). L'application de droits de douanes est également contestée (55,4% d'avis défavorables) de même que l'ajout d'une taxe supplémentaire de soutien appliquée sur les produits importés (56,9 %).

Les résultats démontrent également qu'il existe une volonté de soutenir les entreprises locales à travers d'autres moyens que les protections de marché comme un régime fiscal favorable ou de mises en place de barrières réglementaires.

Voir les résultats complets : <https://autorite-concurrence.nc/actualites/18-10-2018/resultats-de-la-consultation-publique-de-lacnc-sur-la-reglementation-relative>

C. Un modèle de développement économique fort éloigné des systèmes de libre-échange international et européen

140. **En matière de protectionnisme⁹⁸, la Nouvelle-Calédonie fait figure d'exception.** En effet, à l'heure actuelle, les pays qui conduisent une politique protectionniste visant principalement à protéger leur industrie locale de la concurrence étrangère sont largement minoritaires au niveau mondial⁹⁹.
141. Le statut juridique *sui generis* de la Nouvelle-Calédonie de même que son faible poids dans les échanges mondiaux lui permettent de s'extraire des règles du commerce international, auxquelles elle est pourtant soumise (1) et de profiter de sa qualité de Pays et Territoire d'outre-mer (PTOM) pour maintenir ou établir des protections de marché à l'égard des produits originaires de l'Union européenne (2).

1. La Nouvelle-Calédonie se trouve dans une situation ambiguë vis-à-vis des règles du GATT/OMC

142. Les règles du commerce international, que sont principalement les accords du GATT/OMC mis en place dès 1947¹⁰⁰, ont pour objectif de créer, au niveau mondial, pour tous les pays membres, des conditions de concurrence équitables, par le biais de la réduction des tarifs douaniers et autres obstacles au libre-échange ainsi que par l'élimination des discriminations en matière de commerce international¹⁰¹ (a). Bien que soumise à ces règles, la Nouvelle-Calédonie peut, sans risque majeur, s'en affranchir (b).

a) Les grands principes du droit du commerce international interdisent les barrières quantitatives et prônent la réduction des barrières douanières sous réserve de certaines dérogations

143. Le système commercial multilatéral résultant des accords du GATT/OMC repose sur des principes qui visent à abolir et/ou à limiter les barrières aux échanges qu'elles soient tarifaires ou non-tarifaires. En vertu de ces principes, un Etat ne peut protéger son marché intérieur de la concurrence étrangère comme il l'entend.

⁹⁸ Entendu comme une politique économique interventionniste menée par l'Etat et consistant à protéger ses producteurs contre la concurrence des producteurs étrangers.

⁹⁹ Ainsi, en janvier l'Algérie a interdit l'importation de 900 produits de secteurs variés (alimentaire, pâtes, eaux minérales, papier hygiénique, ciment, articles électroménagers etc.) dans le cadre de son nouveau dispositif d'encadrement du commerce extérieur mis en place afin de protéger son industrie https://www.huffpostmaghreb.com/2017/12/20/algerie-produits-interdit_n_18870590.html

De même, en 2017, la République Démocratique du Congo a interdit les importations pour une durée de six mois, du ciment gris, du sucre, de la bière et des boissons gazeuses afin de protéger l'industrie locale <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2017/08/28/97002-20170828FILWWW00103-rdc-interdiction-temporaire-d-importer-des-produits-de-grande-consommation.php>

Les autorités camerounaises ont décidé en mai 2018 de la suspension de l'importation du sucre pour éviter « l'arrêt des activités » de la Société sucrière du Cameroun, dont l'outil de production serait, selon elles, menacé du fait de ces importations <https://www.journalducameroun.com/suspension-de-limportation-du-sucre-au-cameroun/D'autres Etats comme la Corée du Nord ou Cuba affichent de manière ostensible une politique protectionniste mais sont dans des situations géopolitiques particulières>.

¹⁰⁰ Ces règles se sont développées dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) conclu en 1947 marquant ainsi un attachement sans équivoque au libre-échange et à l'ouverture à la concurrence internationale et reprises dans le cadre des négociations du Cycle d'Uruguay (1986-1994) pour constituer le GATT de 1994 (les accords GATT/OMC) et être incorporées au système juridique mis en place au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

¹⁰¹ Voir le Préambule du GATT.

144. En effet, les accords GATT/OMC prévoient l'élimination des restrictions quantitatives¹⁰². Il existe, cependant, des exceptions temporaires mais qui sont strictement limitées¹⁰³.
145. S'agissant des droits de douanes, taxes et autres impositions à l'importation¹⁰⁴, les Etats s'engagent à la réduire¹⁰⁵ ou les consolider, c'est-à-dire à ne pas les relever ultérieurement¹⁰⁶. En vertu de ces accords, les droits de douane doivent être appliqués à tous les pays membres de l'OMC sans discrimination¹⁰⁷.
146. Il existe cependant des **dérogations possibles** :
- au titre des **exceptions « générales »** et des **exceptions « concernant la sécurité »**¹⁰⁸ ;
 - dans le cadre des relations commerciales **entre pays développés et pays en voie de développement** (« traitement spécial différencié »)¹⁰⁹ ;
 - lorsque **« les prohibitions ou restrictions à l'importation ou à l'exportation sont nécessaires pour l'application de normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international »**¹¹⁰. Cette dérogation permet notamment de protéger les produits locaux répondant à certaines normes de qualité et destinés à l'exportation ;

¹⁰² Les restrictions quantitatives constituent des plafonds spécifiques limitant la quantité ou la valeur des marchandises qui peuvent être importées (ou exportées) au cours d'une période donnée qui peuvent prendre la forme d'une prohibition, d'un contingent (restrictions à l'importation ou à l'exportation portant sur le nombre, le volume ou la valeur des produits importés), ou encore d'une licence d'importation ou d'exportation. Les accords GATT/OMC prévoient ainsi qu'« Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé » (soulignement ajouté).

¹⁰³ Voir l'article XII du GATT.

¹⁰⁴ Les droits de douane sont des taxes sur la valeur, le poids ou le volume des produits prélevées à la frontière lors de l'importation de marchandises étrangères.

¹⁰⁵ Voir notamment l'article XXVIII bis du GATT « Les parties contractantes reconnaissent que les droits de douane constituent souvent de sérieux obstacles au commerce ; c'est pourquoi les négociations visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle du niveau général des droits de douane et des autres impositions perçues à l'importation et à l'exportation, en particulier à la réduction des droits élevés qui entravent les importations de marchandises même en quantités minimales, présentent, lorsqu'elles sont menées en tenant dûment compte des objectifs du présent Accord et des besoins différents de chaque partie contractante, une grande importance pour l'expansion du commerce international » (soulignement ajouté).

¹⁰⁶ Article XXVIII bis du GATT. Chaque Etat membre définit dans une « liste de concessions » les taux de droits convenus dans les négociations. Il ne pourra appliquer de droits plus élevés que ceux inscrits sur cette liste. (Article II 1b) du GATT).

¹⁰⁷ Voir l'article XIII du GATT. Le principe de réciprocité et d'avantage mutuel implique que lorsqu'un pays bénéficie de conditions avantageuses pour accéder au marché d'autres pays, il doit être prêt à faire des concessions tarifaires d'une valeur équivalente.

¹⁰⁸ Des exceptions « générales » et des exceptions « concernant la sécurité » sont prévues par les accords GATT/OMC. Ainsi, il est possible pour un Etat de déroger aux règles du GATT lorsque l'application des mesures normalement prohibées sont nécessaires, par exemple, à la protection de la moralité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux etc. (Voir l'article XX du GATT) Les accords GATT/OMC n'empêchent pas non plus les Etats de prendre des mesures qu'ils estiment nécessaires « *à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité* » et d'adopter par exemple des restrictions quantitatives se rapportant aux matières fissibles ou au trafic d'armes (Voir l'article XXI du GATT).

¹⁰⁹ Voir l'article XVIII du GATT.

¹¹⁰ Voir le b) de l'article XI.2 du GATT.

– s’il s’agit de « *Restrictions à l’importation de tout produit de l’agriculture ou des pêches, quelle que soit la forme sous laquelle ce produit est importé, quand elles sont nécessaires à l’application [de [certaines] mesures gouvernementales* »¹¹¹ ;

– « *en vue de sauvegarder sa position financière extérieure et l’équilibre de sa balance des paiements* » : la mise en œuvre de telles restrictions à l’importation est cependant limitée aux mesures nécessaires pour s’opposer « *à la menace imminente d’une baisse importante des réserves monétaires* » ou pour mettre fin à cette baisse, ou « *pour relever des réserves monétaires dans le cas où ces dernières seraient très basses* »¹¹².

– au titre de certains accords spécifiques autorisant des **restrictions pour des motifs liés à la santé et à l’environnement notamment**¹¹³.

147. Enfin, conformément à la Décision sur les procédures de notification des restrictions quantitatives, **les Membres de l’OMC doivent notifier toutes les restrictions quantitatives en vigueur à compter du 30 septembre 2012 et par la suite tous les deux ans au secrétariat général de l’OMC**¹¹⁴.

b) La Nouvelle-Calédonie, bien que soumise aux règles des accords GATT/OMC sur les échanges de marchandises, peut sans risque majeur s’en affranchir

148. L’articulation entre le droit issu des accords GATT/OMC et le droit calédonien est un sujet complexe. Il se décline sous trois questions qui seront examinées successivement, à savoir : celle de l’applicabilité des accords GATT/OMC à la Nouvelle-Calédonie (i) ; celle de la conformité de la réglementation sur les protections de marché aux accords GATT/OMC (ii) ; et, enfin, celle de son invocabilité et de son effectivité en Nouvelle-Calédonie (iii).

i) La question de l’applicabilité des accords GATT/OMC à la Nouvelle-Calédonie

149. La Nouvelle-Calédonie n’est pas listée en tant que membre ou en tant qu’observateur à part entière auprès de l’OMC. Son rattachement aux accords GATT/OMC se fait par le biais de son appartenance à la République Française qui est signataire des accords du GATT depuis le 1^{er} janvier 1948¹¹⁵ et membre de l’OMC depuis sa création le 1^{er} janvier 1995. A ce titre, il existe une référence à la Nouvelle-Calédonie dans le texte de ces accords¹¹⁶.
150. Il ressort de l’instruction que **la France a, au nom de la Nouvelle-Calédonie, déposé dans le cadre des accords GATT/OMC une liste d’engagements spécifiques**¹¹⁷. Ces engagements

¹¹¹ Jusqu’en 1995, date de l’adoption de l’Accord sur l’agriculture, le c) de l’article XI du GATT autorisait également des dérogations spécifiques dans ce secteur.

¹¹² Article XII du GATT.

¹¹³ Accord sur l’application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Accord sur les obstacles techniques au commerce.

¹¹⁴ La décision prévoit un format spécifique de notification (annexe 1) et une liste indicative des mesures à notifier (annexe 2), ainsi qu’un certain nombre de mesures qui ne doivent pas être notifiées. La notification peut être présentée dans l’une des trois langues officielles de l’OMC et son contenu n’est généralement pas traduit.

¹¹⁵ Les États membres de l’UE sont Membres de l’OMC à part entière, comme l’est l’Union européenne, https://www.wto.org/french/thewto_f/countries_f/france_f.htm.

¹¹⁶ Un document du GATT de 1951 qui recense les territoires douaniers à l’égard desquels l’Accord général est entré en vigueur liste la Nouvelle-Calédonie <https://docs.wto.org/gattdocs/r/GG/GATTCP/108A2.PDF> tout comme le GATT de 1947.

¹¹⁷ Il est prévu par ces accords qu’il ne pourra être formulé de réserves « en ce qui concerne des dispositions des Accords commerciaux multilatéraux que dans la mesure prévue dans lesdits accords. Les réserves concernant une

ont été déposés au titre des « services » et ont un champ d'application limité¹¹⁸. Ils ne visent pas le commerce de biens et n'ont pas pour effet d'exclure d'une manière générale l'applicabilité de ces accords à la Nouvelle-Calédonie.

151. **L'applicabilité de ces accords à la Nouvelle-Calédonie a été confirmée par plusieurs réponses ministérielles.** Ainsi, une réponse du Ministre de l'économie et des finances à une question écrite du 31 mai 1999, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, précise que « *l'accord de Marrakech instituant l'OMC s'applique à l'ensemble des collectivités territoriales et territoires d'outre-mer français qui font partie intégrante du territoire de la République* »¹¹⁹, ce qui de jure soumet la Nouvelle-Calédonie au respect des règles de l'OMC. Le fait que la Nouvelle-Calédonie dispose de son propre territoire douanier n'est pas de nature à remettre en cause ce principe dès lors que la France n'a pas demandé son exclusion¹²⁰. Cette interprétation de l'application des règles du GATT/OMC à la Nouvelle-Calédonie a été confirmée par une réponse du ministère de l'Outre-mer à une question écrite d'un sénateur le 11 mai 2000¹²¹.
152. D'une manière générale, la doctrine juridique et économique confirme que les accords GATT/OMC sont applicables à la Nouvelle-Calédonie¹²².
153. **Une réglementation comme celle sur les protections de marché, qui repose sur l'élaboration du tarif douanier de la Nouvelle-Calédonie, devrait donc se conformer à ces principes¹²³ et la mise en place de restrictions quantitatives de type « STOP » aux importations ou de quotas par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ne devrait se concevoir que dans le cadre des dérogations limitativement énumérées par les accords GATT/OMC rappelées précédemment.**

disposition d'un Accord commercial plurilatéral seront régies par les dispositions dudit accord » (Voir l'article 16 de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce).

https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm#articleXVI

¹¹⁸ Ces engagements prévoient que l'acquisition ou la prise à bail de certaines terres (tribales, claniques...) sont soumises à des conditions spécifiques. Ces engagements visent également certains secteurs/services concernant l'environnement, le tourisme, l'organisation de manifestations sportives, l'entretien des jardins botaniques et zoologiques qui sont considérés comme d'utilité publique (Voir la liste d'engagements spécifiques conclus par la France au titre de la Nouvelle-Calédonie, accord général sur le commerce des services, GATS/SC/61 du 15 avril 1994)

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20gats/sc/*\)%20and%20\(\(%20@Title=%20france%20\)%20or%20\(@CountryConcerned=%20france\)\)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20gats/sc/*)%20and%20((%20@Title=%20france%20)%20or%20(@CountryConcerned=%20france))&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#)

¹¹⁹ Question n° 27999 de M. Emile Vernaudeau (député de Polynésie française), réponse publiée au JORF du 31 mai 1999 <http://questions.assemblee-nationale.fr/q11/11-27999QE.htm> Le Ministre précise que la France a déposé, en 1952, au nom des territoires d'outre-mer des engagements tarifaires spécifiques au titre du GATT de 1947, qui ont été reconduits pour les TOM existants par la France signataire des accords de Marrakech au titre du GATT.

¹²⁰ L'article XXVI §5 du GATT dispose que « *chaque gouvernement qui accepte le présent accord l'accepte pour son territoire métropolitain et pour les autres territoires qu'il représente sur le plan international, à l'exception des territoires douaniers distincts qu'il indiquera au Secrétaire exécutif des parties contractantes au moment de sa propre acceptation* » (soulignement ajouté). La Nouvelle-Calédonie dispose de son propre territoire douanier mais la France n'a pas sollicité son exclusion.

¹²¹ Réponse du ministère de l'Outre-mer du 11 mai 2000 à la question écrite n° 22014 de M. Emmanuel Hamel (sénateur du Rhône) : <https://www.senat.fr/questions/base/2000/qSEQ000122014.html>.

¹²² La doctrine partage ce constat. Ainsi, G. Lagadec, J. Ellero et E. Farvaque dans leur étude « *Quelle insertion économique régionale pour les territoires français du Pacifique ?* » précisent que « *les accords de l'OMC en matière de commerce des marchandises s'appliquent en Nouvelle-Calédonie et que celle-ci est tenue au respect des dispositions de ces instruments lors de l'élaboration de son tarif douanier.* » (soulignement ajouté). https://unc.nc/wp-content/uploads/2017/04/LivreUNC_Ldef100.pdf

¹²³ En vertu du principe de la hiérarchie des normes visé à l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, les traités ou accords internationaux ont une autorité supérieure à celle des lois.

154. **L’instruction a cependant fait ressortir qu’il existe une certaine confusion sur la question de l’applicabilité du droit de l’OMC à la Nouvelle-Calédonie tant au niveau institutionnel qu’au niveau des acteurs économiques.**
155. En séance, les commissaires du gouvernement ont confirmé l’analyse de l’Autorité en soulignant toutefois que la situation particulière de la Nouvelle-Calédonie sur le plan institutionnel (collectivité *sui generis* compétente pour la gestion et le contrôle du commerce extérieur) et sur le plan économique (petite économie insulaire au sein du commerce mondial marqué par l’étroitesse de son marché intérieur et la part très marginale de ses échanges avec le reste du monde) est susceptible de justifier qu’elle s’en écarte sans porter sensiblement atteinte aux échanges internationaux. Ils ont souligné que le fait que la France ait émis des réserves dans le cadre de l’accord général sur le commerce des services de l’OMC démontre son intention de ne pas faire appliquer les accords OMC à la Nouvelle-Calédonie, y compris dans le cadre du commerce des marchandises.
- ii) La question de la conformité de la délibération n° 252 sur les protections de marché par rapport aux accords GATT/OMC
156. Comme indiqué précédemment, les restrictions à l’importation fondées sur des barrières tarifaires sont tolérées, même si les Etats doivent tendre à leur consolidation. **En pratique, tous les Etats conservent des barrières tarifaires.**
157. En revanche, **les restrictions quantitatives ne sont admises que dans le cadre de dérogations bien spécifiques. Si elles n’ont pas disparu, elles ont été fortement réduites.** Aujourd’hui, l’OMC recense l’existence de 1 583 restrictions quantitatives au niveau mondial¹²⁴. Presque tous les pays membres « *maintiennent des restrictions quantitatives sous une forme ou sous une autre* », selon l’OMC, mais celles-ci sont jugées conformes car elles entrent dans le champ d’application des dérogations prévues.
158. La question est donc de savoir si les restrictions quantitatives et tarifaires portant sur 506 tarifs douaniers en 2018, prises par la Nouvelle-Calédonie sur le fondement de la délibération n° 252 sur les protections de marché, peuvent entrer dans le champ des dérogations prévues par les accords GATT/OMC.
159. Le motif retenu pour justifier de l’adoption de la réglementation calédonienne sur les protections de marché est économique. Selon l’article 1^{er} de la délibération n° 252, les protections de marché sont « *destinées à restreindre l’importation de produits concurrents* », est clairement exposé, il s’agit « *de faciliter l’écoulement des produits fabriqués en Nouvelle-Calédonie sur le marché local, de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés et de favoriser ainsi le développement des entreprises locales* »¹²⁵.
160. Cet objectif n’entre pas dans le champ des exceptions « *générales* » et des exceptions « *concernant la sécurité* » prévues par les accords GATT/OMC. De même, la réglementation sur les protections de marché ne vise *a priori* pas à sauvegarder la balance des paiements et n’est pas fondée sur des motifs de sanitaires ou phytosanitaires ou d’autres motifs entrant dans le champ des Accords spécifiques du GATT. Enfin, la délibération n° 252 n’est pas fondée sur

¹²⁴ Une procédure de notification des restrictions quantitatives instaurées par les Etats a été mise en place au sein de l’OMC en 2012 (Voir la décision adoptée par le Conseil du commerce des marchandises de l’OMC le 22 juin 2012, qui établit les procédures que les pays membres doivent suivre pour notifier les restrictions quantitatives qu’ils appliquent). https://www.wto.org/french/tratop_f/markacc_f/qrfqa_f.htm). Le chiffre provient du Site web de l’OMC sur les restrictions quantitatives : <http://qr.wto.org/Reports/Home.aspx>

¹²⁵ Voir l’article 1er al. 1er de la Délibération n°252.

la nécessité d'appliquer des « *normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international* ».

161. Il n'est pas non plus acquis que la Nouvelle-Calédonie puisse se prévaloir des exceptions prévues pour les pays en voie de développement pour bénéficier d'un régime préférentiel. En effet, la Nouvelle-Calédonie figure selon le classement de la Banque mondiale parmi les pays « *à revenu élevé* »¹²⁶, comme vu *supra*. Bien que la notion de pays en voie de développement ne soit pas définie par ces accords, il est probable que la Nouvelle-Calédonie puisse être considérée comme entrant dans cette catégorie¹²⁷ et bénéficier à ce titre d'un régime préférentiel.
162. Seules les dérogations concernant le secteur de l'agriculture et des pêches reposant sur des motifs « économiques » pouvaient potentiellement servir de base légale à la réglementation sur les protections de marché au regard du droit du commerce international en ce qui concerne la protection de l'agriculture. Cependant, selon l'OMC, ce dispositif est « *dorénavant sans effet pour les produits de l'agriculture car il a été remplacé par l'Accord sur l'agriculture* »¹²⁸ également applicable à la Nouvelle-Calédonie depuis 1995. Or, cet accord interdit de recourir à des mesures non tarifaires concernant spécifiquement l'agriculture¹²⁹.
163. **Les objectifs visés par la délibération n° 252 ne semblent donc pas susceptibles d'entrer *a priori* dans le champ des dérogations prévues par les accords GATT/OMC. Néanmoins, l'Autorité ne peut que constater que les risques de sanction du non-respect par la Nouvelle-Calédonie des accords GATT/OMC paraissent extrêmement limités et qu'une évolution de cette réglementation est possible.**

iii) La question de l'invocabilité et de l'effectivité des accords GATT/OMC concernant la Nouvelle-Calédonie

164. Si un pays membre de l'OMC estime qu'une mesure adoptée par un autre pays membre viole une disposition d'un accord de l'OMC ou un engagement pris dans ce cadre, il peut engager une procédure visant à faire cesser cette atteinte, dans les conditions fixées par le *Mémoire d'accord relatif aux règles et procédures régissant le règlement des différends*¹³⁰.
165. Aux termes d'une série de consultations et d'expertises, l'Organe de règlement des différends de l'OMC peut rendre une décision ou formuler une recommandation à laquelle le pays membre en cause est tenu de se conformer¹³¹.
166. Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, un pays membre de l'OMC pourrait ainsi engager une procédure à l'encontre de la France pour contester un « STOP » à l'importation en vigueur en Nouvelle-Calédonie. Toutefois, un tel scénario ne s'est jamais produit et demeure en l'état

¹²⁶ <https://donnees.banquemondiale.org/?locations=XD-NC>

¹²⁷ Si l'on se réfère au « *système de préférences généralisées* » (SPG) mis en place par l'UE pour ses relations avec les pays en voie de développement, les pays « *à revenu élevé* » ne peuvent pas bénéficier de régime préférentiel.

¹²⁸ https://www.wto.org/french/tratop_f/agric_f/ag_intro02_access_f.htm

¹²⁹ Voir l'article 4.2 de l'Accord sur l'agriculture https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm

¹³⁰ https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm

¹³¹ Dans l'hypothèse où l'Etat mis en cause persiste à violer l'accord ou l'engagement contracté, il peut offrir une compensation ou subir une « sanction » qui pourra prendre la forme d'une rétorsion (restrictions au commerce à travers les surtaxes sur les produits importés)

https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c6s10p1_f.htm

https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm Depuis 1995, plus de 500 différends ont été soumis à l'OMC et plus de 350 décisions ont été rendues.

largement hypothétique en raison de la faiblesse des exportations calédoniennes et du poids économique marginal de la Nouvelle-Calédonie au sein de l'économie mondiale.¹³²

167. **L'Australie et la Nouvelle-Zélande** qui sont des partenaires commerciaux importants pour la Nouvelle-Calédonie, comme vu *intra*, sont tous deux membres de l'OMC¹³³. Leurs produits subissent des taxes importantes à l'arrivée (et dans certains cas sont soumis à des quotas). Ces deux pays pourraient théoriquement engager un contentieux devant l'OMC. Cependant, les échanges commerciaux avec l'Australie, d'une part¹³⁴, et avec la Nouvelle-Zélande, d'autre part¹³⁵, ne semblent pas suffisamment significatifs pour affecter ces deux marchés, et ne sont pas *a priori* de nature à justifier une telle procédure. En tout état de cause, et malgré le protectionnisme affiché, ces pays, qui se protègent également par des barrières normatives, **semblent avoir privilégié la voie de la négociation** plutôt que celle du contentieux dans leurs rapports commerciaux avec la Nouvelle-Calédonie¹³⁶.
168. Il reste qu'en théorie, le non-respect des principes des accords GATT/OMC pourrait être contesté devant le juge de droit commun par un particulier ou une entreprise dans le cas où il serait reconnu que les dispositions en cause ont un « effet direct »¹³⁷. En effet, si le juge reconnaît la non-conformité de la loi (ou d'une loi du pays) à la norme internationale reconnue d'effet direct, il ne peut censurer la loi elle-même mais peut en revanche annuler les actes pris sur son fondement. Or, à ce jour, **ni le juge national¹³⁸ ni le juge européen¹³⁹ n'ont reconnu les dispositions des accords GATT/OMC comme ayant un effet direct.**

¹³² Il conviendrait que la Nouvelle-Calédonie prenne des parts de marchés significatives dans un pays membre de l'OMC tout en lui prohibant l'accès au marché calédonien par une protection de marché et que l'économie du pays membre en question soit significativement impactée par ce « STOP » à l'importation à l'origine d'une concurrence déloyale pour son industrie. Dans un tel scénario, ce dernier pourrait être incité à exiger une certaine réciprocité en vertu des accords GATT/OMC et notamment à exiger que ses produits ne soient pas interdits à l'importation en Nouvelle-Calédonie.

¹³³ https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

¹³⁴ Les exportations australiennes vers la Nouvelle-Calédonie représentaient 0,1% des exportations de l'Australie pour un montant en 2017 de 394 millions de dollars australiens (28.906 millions de F.CFP). Les importations en provenance de la Nouvelle-Calédonie vers l'Australie s'élevaient à 30 millions de dollars australiens (2.201 millions de F.CFP) soit moins de 0,1%, classant la Nouvelle-Calédonie au 57^{ème} rang dans la liste des partenaires commerciaux de l'Australie : <https://dfat.gov.au/trade/resources/Documents/ncal.pdf>

¹³⁵ La Nouvelle-Calédonie est le quatrième partenaire commercial de la Nouvelle-Zélande dans le Pacifique. Les exportations à destination de la Nouvelle-Calédonie s'élevaient en mars 2018 à 142,8 millions de dollars néozélandais (soit 9.597 millions de F.CFP) et les importations provenant de la Nouvelle-Calédonie à 1,7 millions de dollars (soit 1.142 millions de F.CFP) néozélandais <https://www.mfat.govt.nz/en/countries-and-regions/pacific/new-caledonia#Trade>

¹³⁶ <http://lemagdugouv.nc/2015/11/05/nouvelle-caledonie-et-australie-au-diapason/> S'agissant de la Nouvelle-Zélande une chambre de commerce franco néozélandaise promeut la coopération entre ces deux territoires <http://www.fnzcci.org.nz/about-fnzcci/role-and-missions/>

¹³⁷ L'arrêt du Conseil d'Etat GISTI et FAPIL du 11 avril 2012 a défini la notion d'effet direct des normes internationales : « Une stipulation internationale est d'effet direct « lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ; ».

¹³⁸ En ce qui concerne les Accords de l'OMC, le Conseil d'Etat a notamment refusé de reconnaître un effet direct à l'article 41 de l'annexe 1C qui impose aux parties contractantes de prendre des mesures « destinées à faire respecter les droits de la propriété intellectuelle ». Il semble que la haute juridiction n'ait jamais eu à se prononcer sur l'effet direct des dispositions de l'article XI du GATT, à la différence du juge européen.

¹³⁹ Les juridictions européennes qui se sont prononcées sur l'effet direct des dispositions de l'article XI du GATT qui prohibent les restrictions quantitatives à l'importation ont ainsi refusé de reconnaître l'effet direct des accords GATT/OMC. Il est de jurisprudence constante que l'article XI du GATT « n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la communauté, le droit de s'en prévaloir en justice ».

169. En tout état de cause, dans la mesure où le gouvernement a annoncé une réforme prochaine de la réglementation relative aux protections de marché, **l'Autorité lui recommande de limiter l'instauration de mesures restrictives à l'importation de nature quantitative ou tarifaire au champ des dérogations prévues par les accords GATT/OMC, et notamment celles relevant de la protection de la santé ou de l'environnement et celles qui s'avèrent nécessaires pour l'application de normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international.**
170. **A défaut, étant donné le caractère *sui generis* de la Nouvelle-Calédonie dans la Constitution française en raison de l'Accord de Nouméa et compte tenu de la volonté affichée de longue date des pouvoirs publics calédoniens de conduire une politique économique protégée de la concurrence (cf *infra*), le gouvernement pourrait, s'il souhaite s'extraire totalement des accords GATT/OMC, solliciter auprès des autorités métropolitaines compétentes le dépôt d'une dérogation formelle devant la Conférence ministérielle de l'OMC¹⁴⁰.**

2. Le statut de « PTOM » autorise la Nouvelle-Calédonie à mener une politique commerciale protectionniste vis-à-vis de l'Union européenne

171. Outre le positionnement de la Nouvelle-Calédonie par rapport aux règles du commerce international, se pose la question du respect par la Nouvelle-Calédonie du droit de l'Union européenne (UE). A cet égard, les pays et territoires d'outre-mer (PTOM), au nombre desquels figure la Nouvelle-Calédonie, ne sont pas membres à part entière de l'UE, ni considérés comme des Etats-tiers¹⁴¹.

a) Le statut de PTOM permet à la Nouvelle-Calédonie de déroger au droit de l'UE...

172. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que les PTOM « *font l'objet du régime spécial d'association* »¹⁴².
173. Ce régime spécial s'entend comme une « *relation particulière* » qui « *devrait s'éloigner de l'approche traditionnelle de coopération au développement pour s'orienter vers un partenariat réciproque favorisant le développement durable* »¹⁴³.
174. Ainsi, les dispositions du droit de l'UE relatives au marché intérieur comme le principe de la libre circulation des marchandises¹⁴⁴ qui constitue l'un des piliers du droit de l'UE¹⁴⁵ ne font pas référence expressément à la Nouvelle-Calédonie et ne lui sont pas applicables. Il en va de même pour les dispositions relatives à la libre concurrence qui figurent dans le TFUE.

¹⁴⁰ De plus, G. Lagadec, J. Ellero et E. Farvaque précisent que « *la mise en place de telles mesures n'est pas une compétence unilatérale du membre concerné mais une attribution de la Conférence ministérielle de l'OMC (organe décisionnel composé de représentants de tous les membres) qui décide d'une dérogation...il semblerait que la France n'ait sollicité aucune dérogation en faveur de la Nouvelle-Calédonie* ».

¹⁴¹ Voir les articles 198 à 204 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) 2012/C 326/01 publié au Journal officiel de l'Union européenne du 26 octobre 2012 et son annexe II.

¹⁴² Voir l'article 355 du TFUE.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Voir notamment les articles 28 et suivants du TFUE.

¹⁴⁵ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes contre République française*, Affaire C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595.

b) ...et de conduire une politique commerciale protectionniste à la condition de ne pas cumuler barrière tarifaire et barrière quantitative sur un même produit européen

175. Le régime d'association prévoit que les Etats membres sont tenus d'appliquer à leurs échanges commerciaux avec les PTOM « *le régime qu'ils s'accordent entre eux en vertu des traités* »¹⁴⁶. Ainsi, les importations en provenance des PTOM bénéficient de l'interdiction des droits de douane à leur entrée dans les Etats membres¹⁴⁷. Les PTOM, en revanche, appliquent à leurs échanges commerciaux avec les Etats membres et autres PTOM « *le régime qu'ils appliquent avec l'Etat européen avec lequel ils ont des relations particulières* »¹⁴⁸. **La Nouvelle-Calédonie doit donc traiter de la même manière un produit originaire de la Métropole et un produit originaire d'un autre Etat Membre.**
176. En principe, les PTOM ne peuvent taxer les importations des Etats membres de droits de douane. Toutefois, le TFUE prévoit que les PTOM « *peuvent percevoir des droits de douane qui répondent aux nécessités de leur développement et aux besoins de leur industrialisation ou qui, de caractère fiscal, ont pour but d'alimenter leur budget* »¹⁴⁹. Ces droits ne peuvent cependant excéder ceux qui s'appliquent aux produits en provenance de l'Etat membre de rattachement et en l'occurrence la France pour ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie.
177. Le régime spécial d'association, auquel sont soumises les relations entre la Nouvelle-Calédonie et l'UE, est précisé par la « *décision d'association outre-mer* », qui fixe les modalités et la procédure de l'association entre les PTOM et l'UE¹⁵⁰ et couvre la période 2014-2020. Aux termes de cette décision, il est précisé que les produits originaires de la Nouvelle-Calédonie « *sont admis à l'importation dans l'Union en exemption de droits à l'importation* »¹⁵¹. Sauf, pour des motifs d'intérêt général¹⁵², l'UE n'applique, en particulier, « *pas de restrictions quantitatives, ni de mesures d'effet équivalent à l'importation des produits originaires des PTOM* »¹⁵³.
178. A l'inverse, **la Nouvelle-Calédonie peut « maintenir ou établir, en ce qui concerne les importations de produits originaires de l'Union européenne, les droits de douane ou les restrictions quantitatives »** (soulignement ajouté) qu'elle estime nécessaires en raison de ses besoins de développement. Ainsi, est posé un principe de non-cumul. En vertu du droit européen, la Nouvelle-Calédonie peut imposer sur les importations en provenance de l'UE soit des droits de douanes, soit des mesures quantitatives. Toutefois, **si des mesures de restriction quantitatives sont adoptées par la Nouvelle-Calédonie, celle-ci doit accorder à l'UE « un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable dont bénéficie tout partenaire économique majeur »**¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Voir l'article 199 du TFUE.

¹⁴⁷ Voir l'article 200 du TFUE.

¹⁴⁸ Voir l'article 199 du TFUE.

¹⁴⁹ Voir l'article 200 du TFUE.

¹⁵⁰ La décision actuellement en vigueur est la Décision 2013/755/UE du 25 novembre 2013 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'Union européenne (« *décision d'association outre-mer* »), OJ L 344, 19.12.2013 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32013D0755>

¹⁵¹ Voir l'article 43 de la décision d'association outre-mer.

¹⁵² Les motifs d'intérêt général sont visés à l'article 44 de la décision d'association outre-mer et incluent « *des raisons de moralité publique, d'ordre public, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, de conservation de ressources naturelles épuisables ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* ».

¹⁵³ Voir l'article 44 de la décision d'association outre-mer.

¹⁵⁴ Un partenaire économique majeur est défini comme « *tout pays développé, ou tout pays dont la part dans les exportations mondiales de marchandises est supérieure à 1 %* » ou, « *tout groupe de pays agissant*

179. Enfin, il lui revient de **communiquer à la Commission européenne** les tarifs douaniers et restrictions quantitatives qui s'appliquent, en veillant à actualiser ces informations au fur et à mesure de l'adoption des nouvelles mesures¹⁵⁵.
180. **L'Autorité constate que les dispositions de la délibération n° 252 s'inscrivent bien dans le cadre de l'accord d'association PTOM/UE.** D'une part, son article 2 prévoit bien que les protections accordées « *peuvent prendre la forme soit de restrictions quantitatives à l'importation dans le cadre du programme des importations de la Nouvelle-Calédonie, soit de protections tarifaires* ». De plus, elle module les restrictions quantitatives en fonction de l'origine géographique du produit. Les mesures de contingentement qui prennent la forme de quotas d'importation sont modulées en fonction de la provenance ou non du produit de l'UE¹⁵⁶. De la même manière les mesures de suspension peuvent être modulées, selon l'origine du produit qu'elles visent, entre Suspendu Hors Union Européenne (SHUE) et Suspendu Toutes Origines et Provenances (STOP). Ainsi, il n'existe pas de catégorie spécifique aux produits en provenance de la Métropole dans la réglementation sur les protections de marché. Les produits en provenance de la Métropole et ceux en provenance d'autres Etats membres de l'Union entrent dans la même catégorie et sont traités de manière équivalente¹⁵⁷.
181. Enfin, il ressort de l'instruction que le Service de la Coopération Régionale et des Relations Extérieures a procédé à la notification prévue par la décision d'association au nom du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie par courrier de la Direction générale fiscalité et union douanière de la Commission européenne le 7 avril 2014. La Nouvelle-Calédonie n'a cependant pas transmis d'informations actualisées depuis cette date. Ainsi, les PAI et textes modifiant les TCPPL et TSPA postérieurement à 2014 n'ont pas fait l'objet d'une réactualisation¹⁵⁸.
182. **En conclusion, l'Autorité observe que *de jure* s'agissant du droit de l'UE¹⁵⁹ ou *de facto* s'agissant des accords GATT/OMC, la Nouvelle-Calédonie peut se protéger de la concurrence internationale pour développer son modèle de croissance endogène.**

individuellement, collectivement ou par l'intermédiaire d'un accord d'intégration économique dont la part dans les exportations mondiales de marchandises est collectivement supérieure à 1,5 % » Voir l'article 45 de la décision d'association outre-mer.

¹⁵⁵ Voir l'article 45 de la décision d'association outre-mer qui précise que « *Les autorités des PTOM communiquent à la Commission au plus tard le 2 avril 2014 les tarifs douaniers et les restrictions quantitatives qu'ils appliquent conformément à la présente décision. Les autorités des PTOM communiquent également à la Commission les modifications ultérieures apportées à ces mesures au fur et à mesure de leur adoption.* »

¹⁵⁶ Comme vu *supra*, il existe une distinction entre le Quota Hors Union Européenne (QHUE), le Quota Union européenne (QUE) et le Quota toutes origines et provenances (QTOP).

¹⁵⁷ A noter que l'Union européenne a ouvert des négociations en vue de la conclusion d'un accord de libre-échange avec l'Australie le 22 mai 2018 <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-australia-trade-agreement/> et avec la Nouvelle-Zélande <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/new-zealand/>. Les négociations de ces accords de libre-échange peuvent avoir un impact sur la réglementation actuelle sur les protections de marché. En cas d'accord entre l'UE et ces deux pays, il n'est pas certain que dans le futur, la Nouvelle-Calédonie puisse différencier les produits australiens ou néozélandais des produits en provenance de l'UE comme c'est le cas actuellement.

¹⁵⁸ Le gouvernement a précisé par email au service d'instruction que : « *c'est le Service de la Coopération Régionale et des Relations Extérieures (SCRRE) qui a procédé à la notification demandée par la Commission européenne à la suite de l'adoption de la DAO 2014-2020 (...)* Cette transmission avait valeur d'information générale sur le dispositif de taxation indirecte en vigueur en N-C. Les PAI et textes modifiant les TCPPL ou TSPA postérieurement à 2014 n'ont pas fait l'objet d'une réactualisation » (soulignement ajouté) Voir l'email du cabinet du Président du gouvernement au service d'instruction en date du 11 octobre 2018.

¹⁵⁹ La question de la conformité du régime d'association (et de la décision 2013/755/UE) qui établissent des obligations non réciproques entre les PTOM et les Etats membres au regard du droit de l'OMC peut se poser mais n'a pas été examinée dans le cadre du rapport d'instruction.

II. L'analyse concurrentielle de la réglementation sur les protections de marché en Nouvelle-Calédonie

200. Lorsque l'Autorité est saisie pour avis sur une proposition de loi du pays du congrès ou tout autre projet de texte du gouvernement ou s'auto-saisit sur l'opportunité de moderniser une réglementation en vigueur, elle examine, dans un premier temps, si le texte envisagé est de nature à porter atteinte au principe de libre concurrence sur un ou plusieurs marchés en Nouvelle-Calédonie. Si tel est le cas, dans un second temps, elle évalue si les atteintes à la concurrence créées sont justifiées, adaptées et proportionnées à l'atteinte d'un objectif d'intérêt général donné, puis vérifie s'il n'existe pas de méthode moins restrictive de concurrence pour proposer, le cas échéant, des mesures de substitution ou des recommandations pour atténuer les effets anticoncurrentiels créés par la réglementation en cause.
201. En l'espèce, l'objectif affiché de la délibération n° 252 relative aux protections de marché est de garantir la survie et le développement des filières agricoles et industrielles locales. Elle traduit ainsi le résultat d'un arbitrage entre emplois, censés être préservés ou augmentés grâce à la mise en place d'obstacles aux importations, et libre concurrence, naturellement entravée du fait de ces mêmes barrières (A). Elle porte donc nécessairement atteinte à la liberté d'entreprendre de sorte que le législateur calédonien doit veiller à ce que les objectifs qu'il poursuit soient proportionnés à l'atteinte portée à cette liberté garantie par la Constitution (B). Enfin, s'il ne revient pas à l'Autorité de la concurrence de prendre parti sur de tels choix de politiques économiques, elle peut formuler des recommandations au gouvernement, qui envisage une modernisation de cette réglementation, pour tendre vers un dispositif plus concurrentiel et susceptible d'exercer une pression à la baisse sur les prix au bénéfice du consommateur final (C).

A. Les effets des protections de marché sur le jeu de la concurrence

202. La théorie économique montre que l'équilibre concurrentiel permet d'atteindre un optimum collectif que l'on peut qualifier de maximal (« optimum de Pareto »). Réciproquement, tout optimum au sens de Pareto peut être atteint par un équilibre de concurrence pure et parfaite, sous réserve que l'Etat procède à des transferts forfaitaires de revenus. Ces résultats constituent les deux théorèmes de la théorie du bien-être, qui peuvent justifier que l'on accorde un rôle primordial à la politique de la concurrence et au bon fonctionnement des marchés.
203. Toutefois, ces théorèmes reposent sur des hypothèses fortes qui ne sont pas toujours vérifiées : atomisticité des marchés, rendements décroissants, information parfaite, absence d'externalités, etc. Dès lors, ces résultats n'excluent pas intrinsèquement toute forme d'intervention publique, dont un soutien à la politique agricole ou industrielle endogène. Selon les économistes Gallon, Pinçon et Vasseur (2005)¹⁶⁰, celle-ci apparaît même justifiée en présence d'externalités négatives à compenser (théorème du « pollueur-payeur » par exemple), en présence de rendement croissant justifiant que la structure la plus efficace pour la production soit un monopole (cas du « monopole naturel ») ou quand l'optimum économique ne correspond pas à l'optimum souhaitable : par exemple quand il s'agit d'un optimum au niveau mondial mais qu'il se traduit par des pertes nettes au niveau national ou local.
204. L'instauration d'une politique commerciale protectionniste en Nouvelle-Calédonie s'inscrirait dans ce dernier cas pour contrebalancer les contraintes de l'économie calédonienne décrites *supra*. Comme le montre le tableau ci-après, ce n'est pas parce que le surplus des

¹⁶⁰ Stéphane Gallon, Marie-Alberte Pinçon et Daniel Vasseur, « Politique industrielle et politique de la concurrence », Trésor-Eco, juillet 2005.

consommateurs est maximal que la politique suivie est considérée comme optimale par les pouvoirs publics : dans l'exemple théorique ci-après, la politique B est préférée par la collectivité à la politique A car le surplus global a doublé bien que les consommateurs y soient moins bien lotis et les producteurs mieux.

Surplus des agents économiques selon la politique suivie	Politique concurrentielle en faveur du consommateur (A)	Politique commerciale destinée à la protection de l'industrie locale (B)
Entreprises locales	40	150
Consommateurs	60	50
TOTAL	100	200

Source : ACNC

205. Néanmoins, Gallon, Pinçon et Vasseur (2005) reconnaissent que cette hypothèse est rarement vérifiée dans les faits : « *de nombreuses analyses économiques, y compris empiriques, ont pu montrer que des politiques protectionnistes ont souvent un effet négatif sur le surplus du pays, même si elles sont un effet positif pour les producteurs qui en bénéficient.* »¹⁶¹.
206. **Toute la problématique de la pertinence économique d'une réglementation sur les protections de marché en Nouvelle-Calédonie dépend donc de l'évaluation de l'impact de la mesure de protection envisagée sur le surplus global (encore appelé « progrès économique ») en vérifiant systématiquement ses effets sur le surplus des producteurs locaux concernés mais également sur celui des autres producteurs locaux et d'autres acteurs (importateurs, commerçants, consommateurs).**

1. Des mesures qui n'éliminent qu'une certaine forme de concurrence et qui poursuivent un objectif de progrès économique malgré certaines critiques

207. L'Autorité a longuement rappelé dans la première partie du présent avis les objectifs de progrès économique que poursuivent depuis très longtemps les autorités politiques en Nouvelle-Calédonie à travers **l'instauration de mesures protectionnistes pour favoriser le développement d'une « économie endogène »** et les raisons qui la motivent.
208. Il ressort des réponses au questionnaire et des auditions menées au cours de l'instruction que **ces objectifs sont toujours partagés par les producteurs locaux**¹⁶² : ces mesures seraient ainsi indispensables pour la survie de certaines entreprises de transformation locale et bénéfiques à l'économie calédonienne, en particulier à l'emploi. L'on peut ici citer les quatre principaux arguments les plus souvent avancés.
209. Le premier argument repose sur le fait que, dans le contexte calédonien, les protections de marché, en particulier les mesures de suspension totale (STOP), sont nécessaires pour **compenser le surcoût auquel sont confrontées les entreprises calédoniennes en raison des spécificités du territoire**¹⁶³.
210. Le deuxième argument est lié à la création de richesse résultant de la **valorisation de la « filière locale » et de l'impact qui en résulte sur l'emploi**, en particulier l'emploi des jeunes

¹⁶¹ Stéphane Gallon, Marie-Alberte Pinçon et Daniel Vasseur, « *Politique industrielle et politique de la concurrence* », Trésor-Eco, juillet 2005.

¹⁶² FINC, Réponse au questionnaire de l'instruction et procès-verbal d'audition du 2 août 2018.

¹⁶³ Voir notamment les procès-verbaux d'audition des sociétés Millo, Riz de St Vincent, La Française, groupe Gourmand, Switi, GBNC, Biscocho, Tee-Print, Goodman Fielder.

et l'emploi peu qualifié, et donc sur le pouvoir d'achat des consommateurs calédoniens¹⁶⁴. Le représentant de la société Tee-Print souligne ainsi : « *Je suis pour une régulation de notre marché, + de 50% de notre population à moins de 30 ans, chaque année 4000 jeunes sortent de l'école et se retrouvent en situation de recherchent d'emplois. Les industries de transformations sont un amortisseur social. Nous formons nos jeunes aux milles métiers de l'industrie. Face à l'import pour fabriquer un produit il faut entre 6 à 7 emplois dans l'industrie, contre 1 à 2 pour l'importer. Et un emploi créer dans l'industrie génère 3 à 4 emplois dans les services* »¹⁶⁵.

211. Le troisième argument repose sur l'idée que les protections de marché seraient également indispensables pour **contrebalancer le pouvoir de marché des distributeurs-grossistes et, dans le secteur des produits de consommation courante, celui des grandes et moyennes surfaces**¹⁶⁶, qui, comme cela a été rappelé précédemment, sont encore très concentrées autour de deux grands groupes (GBH et Carrefour Kenu In), en particulier dans le grand Nouméa.
212. Le dernier argument est lié à la **nécessité de survivre** dans une zone économique anglosaxonne et asiatique **face à des puissances économiques** comme la Chine et l'Inde et **combattre des politiques de « dumping à l'export »** qui seraient mises en œuvre par les pays voisins¹⁶⁷.
213. Pour résumer, la Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie (FINC) considère que : « *Les protections de marché sont un outil de régulation indispensable qu'il convient d'animer et de faire vivre au regard de certains critères tels que l'emploi et la qualité des produits proposés* » et précise que : « *elles participent à la vie de tout un tissu économique (commerce et services) à travers la sous-traitance et la consommation sur place des salaires versés à leurs salariés* ». Elle ajoute « *c'est une structuration de la filière au niveau de la verticalité qui engendre un effet bénéfique* »¹⁶⁸. Cette analyse est très largement partagée par les producteurs locaux auditionnés.
214. L'Autorité observe que les justifications des protections de marché mises en avant dans le cadre de l'instruction se rapprochent des objectifs visés par la réglementation en vigueur même si **aucune disposition de la délibération n° 252 ne fait explicitement référence à l'emploi**. Il faut en effet se reporter à l'annexe de la délibération pour voir apparaître, comme « critère d'analyse », la création d'emploi (nombre de postes créés liés à la production à protéger, nature des postes créés, niveau de postes, localisation, nombre et nature des postes). A cet égard, il faut souligner que le « maintien » de l'emploi n'est pas pris en compte parmi ces critères.
215. Elle constate également que **le système des protections de marché n'élimine ou du moins n'atténue pas toute forme de concurrence, mais « seulement » la concurrence des produits importés**. Ainsi, sur un marché calédonien donné, concerné par une mesure de protection de marché, la concurrence reste, en principe, libre entre les producteurs locaux. De même, ces mesures peuvent faciliter l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché, qui ne se seraient pas installés faute de pouvoir rentabiliser leur investissement initial sans protection ni visibilité de

¹⁶⁴ Voir notamment le procès-verbal de la FINC, et les réponses au questionnaire de Tee-print et Société Le Froid.

¹⁶⁵ Voir la réponse au questionnaire de l'instruction de la société Tee-Print.

¹⁶⁶ Voir les procès-verbaux de TFL/Socalait, Vega, La périgourdine.

¹⁶⁷ Voir les réponses au questionnaire de l'instruction de la société TFL/Socalait et de la société Tee-Print.

¹⁶⁸ Voir les procès-verbaux des sociétés Tennessee Farm Laiterie, Biscochoc, Goodman Fielder Nouvelle-Calédonie, Le Froid, GBNC, La Française, Millo, Vega, Carton Multi-Formes, Les Etablissements de Saint-Quentin, Teeprint, Le Groupe Saint-Vincent, Socofab, Switi, Pacôme, La Périgourdine, Le groupe Gourmand, Costentin, Menuiserie Beneytou, Metal Industries, Artypo, Signboard et Vetral.

moyen-long terme sur l'état du marché. La concurrence potentielle (la « menace » d'entrée d'une entreprise concurrente) peut donc être de nature à garantir des prix concurrentiels, même si le marché est concentré. Les protections de marché peuvent ainsi s'apparenter à des clauses d'exclusivité contractuelles de long terme¹⁶⁹.

216. **Cette appréciation positive de la contribution des protections de marché au progrès économique n'est toutefois pas partagée par l'ensemble des acteurs économiques en Nouvelle-Calédonie** et nombreux sont ceux à considérer notamment qu'il faudrait **cibler l'octroi de protection de marché à des secteurs « prioritaires »** au regard de leur contribution à la valeur ajoutée et à l'emploi.
217. Ainsi, à titre d'exemple, le représentant du service du développement économique de la Province Sud considère que les protections de marché sont nécessaires pour développer le tissu industriel calédonien et rendre les entreprises locales plus compétitives mais précise : *« La mise en place des protections de marché devait permettre de faciliter l'écoulement des produits fabriqués en NC sur le marché local, de permettre aux entreprises locales de devenir concurrentielles par rapport aux produits importés et de favoriser le développement des entreprises locales créatrices de valeur ajoutée et d'emplois. Mais ce dispositif était supposé être limité dans le temps, jusqu'à ce que le produit se soit installé et imposé sur le marché. Or le dispositif, en perdurant sur de nombreux produits alors que ceux-ci étaient confortablement installés sur le marché à plutôt eu tendance à installer des « rentes de situation » injustifiées dans certains cas, voir des situations de monopoles, ou duopoles »*¹⁷⁰ (soulignements ajoutés).
218. Ce constat est d'ailleurs partagé par certains producteurs locaux bénéficiant de protections de marché. Ainsi, le représentant de la Périgourdine indique que si les mesures de protections de marché *« sont cruciales pour le maintien des emplois »*, il précise aussi qu'*« il n'y a aucune logique entre les mesures appliquées et une réelle volonté de faire baisser le prix moyen du panier d'un foyer. Les mesures prises ne profitent qu'à une certaine catégorie de société, et certainement pas le consommateur final »*. Il en conclut qu'elles *« pourraient être de fabuleux outils de lutte contre la vie chère mais sont complètement biaisées et détournées pour favoriser une certaine catégorie d'acteurs économiques »*¹⁷¹.
219. L'UFC-Que Choisir considère pour sa part que : *« La mise en place de protections de marché a permis à des entreprises de créer une activité dans certains secteurs de l'industrie : agroalimentaire, hygiène, matériaux de construction... Certaines sociétés se sont développées et adossées à des sociétés internationales qui mettent en œuvre des stratégies mondiales. Quand ces sociétés sont en position dominante, la protection juridique du marché intérieur ne leur est plus utile (cas de la cimenterie). Une réponse générale ne peut être donnée, mais elle est utile dans certains cas »*. Elle ajoute : *« en Nouvelle-Calédonie les protections de marché ont été accordées à la demande de producteurs ou d'investisseurs et rarement dans le cadre de protection de filières souhaitées à l'échelon de la collectivité (...) »*¹⁷².
220. La chambre de commerce et d'industrie considère pour sa part que *« les protections de marché devraient être destinées prioritairement à des industries « phares » à identifier »*. Selon la vice-présidente de l'industrie au sein de la chambre : *« L'idée sous-jacente à la notion de « secteurs prioritaires » est qu'avec le recul, on puisse identifier des filières qui nous paraissent avoir*

¹⁶⁹ Voir étude thématique du Conseil de la concurrence de 2007 sur « Les exclusivités et les contrats de long terme ».

¹⁷⁰ Annexe 47, Réponse de la Province Sud au questionnaire de l'instruction, juillet 2018.

¹⁷¹ Voir la réponse au questionnaire de l'instruction de la société La Périgourdine, juillet 2018.

¹⁷² Annexe 45, Réponse de l'UFC Que Choisir au questionnaire de l'instruction, juillet 2018.

généralisé des effets bénéfiques permettant de faire émerger un secteur compétitif bien intégré dans l'économie avec de vraies compétences acquises, en particulier pour les secteurs agroalimentaire et métallurgique. Une différenciation doit être opérée pour les secteurs bien intégrés à l'économie où un rapprochement a été effectué avec le secteur du commerce par rapport à d'autres secteurs qui ont pu également demander ou bénéficier de protections de marché alors qu'ils représentent seulement 2 ou 3 emplois. »¹⁷³.

221. De la même manière, si le MEDEF se déclare favorable au principe de la réglementation des protections de marché, il souligne : *« Dès l'article 1 de la délibération n° 252 il est précisé : « dans l'intérêt économique général et le bien-être du consommateur » mais ces intérêts ne sont jamais vérifiés et mesurés. Le degré d'ouvraison d'un produit est parfois insuffisant, il faut davantage cibler des industries prioritaires car nous le constatons trop de business plan sont basés sur l'octroi de protections de marché. Il convient de définir quelles industries on souhaite développer pour la Nouvelle-Calédonie et lesquelles on entend privilégier à l'avenir. Cela pourrait consister à favoriser des filières pour lesquelles on a un réel besoin d'être détenteur et idéalement en s'approvisionnant en local (par exemple : l'alimentaire), l'industrie du bâtiment également pour assurer un service après-vente. L'industrie métallurgique étant au cœur du tissu économique il semblerait opportun de soutenir le développement d'une industrie relais type batterie au lithium. Il faut s'interroger sur la viabilité de certains secteurs, et mettre l'accent sur les filières où il y a un véritable savoir-faire en matière grise »¹⁷⁴.*
222. Cette **proposition consistant à prioriser certains secteurs** est également encouragée par la doctrine. Ainsi, comme le soulignait déjà M. Gaël Lagadec¹⁷⁵ en février 2012 : *« Si, pour chaque demande de protection, était réellement étudiés tant le coût social de la protection de marché que son avantage social, on pourrait déterminer les secteurs qui doivent être protégés (secteurs à forte intensité en main d'œuvre et à forte création de valeur ajoutée) et les secteurs devant demeurer ouverts à la concurrence internationale (secteurs nécessitant d'importants coûts fixes et difficiles à amortir à prix raisonnables sur des échelles de production courtes, secteurs à faible intensité de main d'œuvre, etc.). Dès lors, le débat tendrait à se confiner, car la lisibilité de la politique industrielle et commerciale menée aurait un effet vertueux de pédagogie sur les justifications des protections de marchés appliquées. »¹⁷⁶.*
223. **Au-delà de ces déclarations des acteurs locaux, l'analyse de nombreux économistes portant sur l'efficacité des mesures protectionnistes mises en œuvre dans les petits pays insulaires du Pacifique, y compris en Nouvelle-Calédonie, conclut à leurs effets néfastes sur le surplus global¹⁷⁷ et proposent une remise en cause graduelle et progressive des mesures de protection en vigueur pour ne pas déstabiliser trop brutalement les entreprises concernées et leurs salariés¹⁷⁸.** En effet, dès lors que l'essentiel des difficultés rencontrées dans ces économies insulaires n'est pas lié à une défaillance du marché mais à l'étroitesse du

¹⁷³ Voir la réponse au questionnaire de l'instruction et le procès-verbal d'audition de la CCI-NC, 24 juillet 2018.

¹⁷⁴ Voir le procès-verbal d'audition du MEDF, 26 juillet 2018.

¹⁷⁵ Maître de conférence en économie et actuellement Président de l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

¹⁷⁶ Gaël Lagadec, Maître de Conférences, HDR, université de la Nouvelle-Calédonie : « Les causes et conséquences de la cherté de vie en outre-mer », Cahier du LARJE, 14 février 2012 : <https://larje.unc.nc/fr/les-causes-et-consequences-de-la-cherte-de-la-vie-outre-mer-2/>, précité.

¹⁷⁷ Voir Winters A., "Policy Challenges For Small Economies in a Globalising World", in Chand S. (ed), Pacific Islands Regional Integration and Governance, Australian National University Press, November 2005, p. 10.; voir aussi Martins P. et Winters A., *When Comparative Advantage is not Enough : Business Costs in Small Remote Economies*, World Trade Review, 2004, Vol. 3, n° 3.

¹⁷⁸ Pour la Nouvelle-Calédonie, voir le rapport d'Etienne Wasmer, 2012 : « Et si la prospérité n'était pas éternelle ? »,

marché et à l'éloignement, la plupart considèrent qu'il ne faut pas ériger des barrières quantitatives ou douanières¹⁷⁹ en raison de leurs effets anticoncurrentiels.

2. Des mesures produisant des effets anticoncurrentiels identifiés depuis longtemps et constatés en Nouvelle-Calédonie...

224. L'Autorité de la concurrence métropolitaine a examiné les effets des protections de marché en Nouvelle-Calédonie en septembre 2012, dans un rapport intitulé « *Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie* ». Ainsi, après avoir elle-même souligné les spécificités de l'économie calédonienne, l'Autorité métropolitaine a partagé les conclusions des économistes en considérant que « *[d]u point de vue strictement concurrentiel, de telles protections sont naturellement néfastes* »¹⁸⁰.
225. Ces effets négatifs ont été mis en exergue dans d'autres rapports relatifs à la situation économique de la Nouvelle-Calédonie¹⁸¹. Au-delà des atteintes créées à la concurrence, une protection de marché réduit de manière mécanique le choix de produits disponibles pour les consommateurs. Ces derniers se retrouvent ainsi privés d'un accès libre aux produits importés, rendus plus onéreux par l'effet d'une TCPPL ou d'un quota ou tout simplement indisponibles en raison de l'existence d'un STOP aux importations.
226. Cette analyse mérite d'être rappelée et approfondie au regard des constatations de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie depuis sa création et compte tenu de l'instruction menée dans le cadre du présent avis, en distinguant les risques anticoncurrentiels des mesures quantitatives des risques anticoncurrentiels des mesures tarifaires.

a) Les risques anticoncurrentiels des mesures de suspension ou de contingentement

- i) La limitation des importations impacte directement l'activité des grossistes-importateurs et réduit les sources d'approvisionnement des professionnels et des consommateurs

227. En premier lieu, par définition, **les mesures de protection quantitative limitent principalement l'activité des importateurs-grossistes et des centrales d'achat** des grandes et moyennes surfaces en Nouvelle-Calédonie afin de protéger les producteurs locaux de la concurrence des produits étrangers. Elles **réduisent**, par la même occasion, **les sources d'approvisionnement alternatives aux producteurs locaux des professionnels ou des consommateurs** qui s'approvisionnent directement sur les marchés étrangers. Les producteurs locaux qui peuvent, de par du STOP ou des quotas, se trouver en position dominante sur un marché donné, deviennent de fait des partenaires économiques incontournables.
228. Il ressort des réponses aux questionnaires des importateurs-grossistes interrogés comme de l'audition en séance du SIDNC qu'ils sont opposés aux restrictions quantitatives car elles auraient un impact négatif direct sur leur chiffre d'affaires mais également sur l'emploi dans le secteur de la distribution. Ils regrettent d'ailleurs que cet aspect ne soit jamais pris en considération lors de l'examen des demandes de protection de marché

¹⁷⁹ Pour une synthèse des positions des économistes sur le sujet, voir l'article de Christian Montet et Florent Venayre : « *Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace* », Revue Lamy droit de la concurrence 2013, n° 36.

¹⁸⁰ Voir point 168 du rapport.

¹⁸¹ On peut notamment citer le rapport de Jean-Pierre Lieb commandé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de décembre 2010, « *Propositions de rationalisation de la fiscalité indirecte de Nouvelle-Calédonie* ».

229. Selon le SIDNC, une trentaine d'importateurs-grossistes seraient actifs sur le secteur du commerce de gros calédonien et, si l'on inclut les professionnels commerçants, ce serait près de 6 000 entreprises qui procèderaient à des importations chaque année en Nouvelle-Calédonie.
230. Les plus gros opérateurs sont des importateurs-grossistes généralistes qui ne sont pas spécialisés dans un type de produits en particulier. Ainsi, les principaux opérateurs ont chacun une gamme assez diversifiée de produits d'épicerie, de boissons et de produits DPH. Toutefois, sur certains sous-segments de marché, la concentration de l'offre est plus forte (GMS, produits surgelés, matériaux de construction...).
231. Le SIDNC a fait valoir en séance que les importateurs-distributeurs en Nouvelle-Calédonie ont tout intérêt à soutenir le développement de la production et de l'industrie locale dans une logique de « filière » dans la mesure où une partie de leur chiffre d'affaires repose précisément sur la distribution des produits locaux. Il considère qu'une meilleure coordination entre producteurs et distributeurs pourrait certainement permettre de faire « grandir » davantage les deux secteurs plutôt que l'introduction de barrières quantitatives.
232. La FINC soutient cependant que, dans de nombreux cas, les difficultés que rencontrent les producteurs locaux viennent précisément du fait que certains distributeurs, dont le pouvoir de marché est très important, privilégieraient systématiquement les produits importés sur les produits locaux, de sorte que les protections de marché seraient absolument nécessaires pour développer la production locale malgré leur impact sur la filière de la distribution.
- ii) L'effet isolationniste ou le risque potentiel de créer des situations d'abus de position dominante de la part d'un producteur local
233. Corolaire de la limitation des importations, **les protections de marché viennent renforcer le pouvoir de marché des producteurs locaux**, alors qu'ils sont déjà protégés de la concurrence étrangère en raison de la géographie du territoire, des coûts d'approche et du différentiel de taxe générale sur la consommation (3 %) par rapport à celle applicable sur un produit substituable importé.
234. Cet effet isolationniste avait déjà été identifié par l'Autorité métropolitaine qui relevait que : *« les protections de marché isolent les productions locales de la concurrence qui pourrait être exercée par les produits d'importation alors que les producteurs locaux, généralement situés sur les secteurs oligopolistiques, voire en monopole, sont déjà relativement protégés de la concurrence étrangère par les coûts d'approche et les taxes aux importations. Leur pouvoir de marché est donc encore accru, avec un effet d'autant plus nuisible aux consommateurs que, du fait de l'étroitesse du marché local, leurs coûts de production sont élevés »*¹⁸².
235. A cet égard, **si la protection de marché conduit à la création ou au renforcement d'une position dominante sur le marché considéré, elle place le producteur local dans une situation particulière susceptible de le conduire à la mise en œuvre de pratiques d'abus de position dominante au sens de l'article Lp. 421-2 du code de commerce.**
236. En effet, la jurisprudence des autorités de concurrence définit la position dominante comme *« une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui*

¹⁸² Voir le point 45 du rapport.

fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs »¹⁸³.

237. Il résulte d'une jurisprudence constante, que **la notion d'« exploitation abusive » est une notion objective**. Les comportements d'une entreprise en position dominante de nature à influencer la structure d'un marché où à la suite, précisément de sa présence, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base de prestations des opérateurs économiques, au maintien d'une concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence¹⁸⁴.
238. A cet égard, dans une décision récente¹⁸⁵, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a rappelé, dans le droit fil de la jurisprudence nationale et européenne bien établie, que sont prohibées les pratiques abusives des entreprises en position dominante lorsque celles-ci imposent **des prix de vente non équitables, constitutifs d'abus d'exploitation**. La répression de tels abus, connus comme abus d'exploitation est liée à la responsabilité particulière qui pèse sur l'entreprise en position dominante. **Il en va notamment ainsi lorsqu'une entreprise détient un monopole qu'aucune autre entreprise n'est susceptible de venir contester et que le gouvernement n'a pas réglementé les prix** sur le fondement et dans les conditions prévues par l'article L. 410-2 du code de commerce.
239. **Il s'ensuit qu'un producteur local qui se retrouve, grâce à une protection de marché, en position dominante (en plus encore en monopole), a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur les marchés¹⁸⁶, notamment en pratiquant à l'égard de ses partenaires économiques des prix inéquitables.**
240. Les producteurs locaux et la FINC ont néanmoins fait valoir au cours de l'instruction du présent avis que la « puissance de marché » des producteurs locaux dans le secteur de l'industrie de transformation est très relative au regard des surcoûts liés à l'insularité comme au regard du poids économique des importateurs et de la grande distribution. Ils soulignent également que les protections de marché sont un moyen de rentabiliser les investissements réalisés et de contrebalancer le déséquilibre commercial dont ils s'estiment victimes par rapport au secteur de la distribution et des grossistes-importateurs, vis-à-vis desquels ils sont susceptibles de se trouver en état de dépendance économique.
241. L'Autorité considère que, l'octroi d'une protection quantitative couplée à l'effet isolationniste accroît nécessairement le pouvoir de marché des producteurs locaux, qui, du fait de l'éloignement géographique du territoire, est déjà prépondérant. Pour autant, leur capacité à en abuser sur les marchés locaux dépendra de l'intensité de la concurrence sur ces marchés (cf *infra*).

¹⁸³ Voir l'arrêt de la CJCE du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, affaire 85/76.

¹⁸⁴ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité, rappelant la jurisprudence européenne.

¹⁸⁵ Décision n° 18-D-17 du 20 septembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse.

¹⁸⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité, rappelant la jurisprudence européenne.

iii) L'effet inflationniste ou le risque d'augmentation des prix

242. L'Autorité métropolitaine avait souligné que « *la rareté induite par les contingentements entraîne en outre des **comportements de ruée** sur certains produits importés très demandés et contingentés en faible volume, ce qui a pour effet d'accroître le prix des importations, amenuisant encore la pression concurrentielle qu'elles peuvent exercer* »¹⁸⁷.
243. L'exemple mis en exergue à l'époque était le prix du pot de la pâte à tartiner « Nutella » qui était soumis à quotas, lequel a été remplacé par une TCPPL en 2012 à la demande des services de la douane après avoir constaté un marché parallèle domestique d'importation de ce produit. Actuellement, ce phénomène de « ruée » existe encore sur certains produits de première nécessité de marque (pâte Barilla par exemple).
244. Un autre risque d'augmentation des prix du fait des contingentements tient au choix de la **politique tarifaire des distributeurs et des grossistes** qui peuvent privilégier l'importation de produits haut de gamme, qui ne sont pas directement substituables aux produits fabriqués localement, pour les revendre à un tarif plus élevé que le produit local **en se concentrant sur la demande la plus aisée et peu élastique au prix** (cas du chocolat par exemple). Le segment le moins aisé de la demande n'étant que très peu rentable, les importateurs distributeurs peuvent donc se concentrer sur le segment le plus aisé, en compensant les moindres volumes associés à cette stratégie par des marges importantes par unité vendue.

iv) L'effet d'éviction ou le risque de réduction des choix des clients et des consommateurs

245. Par définition, **une barrière quantitative restreint la diversité des produits offerte aux professionnels comme aux consommateurs. Cette situation est d'autant plus grave quand la restriction quantitative porte sur un tarif douanier large comprenant des produits non fabriqués localement.**
246. Comme l'Autorité l'a souligné dans le cadre de son avis n° 2018-A-09 relatif à cinq demandes de protection de marché particulières, une restriction quantitative destinée à protéger un marché A (voire une entreprise en monopole sur ce marché) peut **avoir des effets néfastes sur l'activité d'autres producteurs locaux** sur un marché B, lorsqu'ils sont amenés à importer les produits faisant l'objet d'une mesure restrictive sur le marché A, alors qu'ils l'utilisent dans le cadre de leur processus de transformation pour développer leur propre activité.
247. A titre d'exemple, l'introduction d'un quota sur le marché des fers à béton d'un diamètre de moins de 16 mm tel que demandée par la société Metal industrie a été largement critiquée par ses concurrents importateurs mais également par d'autres professionnels locaux : ainsi, selon les représentants de la FCBTP auditionnés : « *La mesure actée en COMEX va considérablement impacter l'activité de gros œuvre du BTP et en particulier celle du ferrailage* »¹⁸⁸.
248. De plus, dans le cadre de ses avis sur la proposition de loi sur l'interdiction des déchets en matières plastiques¹⁸⁹ et sur le projet de décret modifiant le prix du riz « jasmin » précité, l'Autorité a également constaté un **effet d'éviction au détriment des consommateurs**

¹⁸⁷ Voir le point 46 du rapport de l'Autorité métropolitaine de la concurrence de 2012. Ceci est accentué par le fait que les transferts en provenance de la Métropole à destination des fonctionnaires notamment confèrent à ces derniers un fort pouvoir d'achat. Ce phénomène est accentué par le fait que les transferts en provenance de la Métropole à destination des fonctionnaires notamment confèrent à ces derniers un fort pouvoir d'achat.

¹⁸⁸ ACNC, avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018, voir les points relatifs à la demande de protection de marché de la société Metal Industries.

¹⁸⁹ ACNC, avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018 relatif au projet d'arrêté du gouvernement portant modification de l'arrêté n° 2012-1291/GNC du 5 juin 2012.

dépassant la stricte nécessité de protéger les producteurs locaux dans la mesure où elles aboutissaient à l'interdiction ou à la limitation de l'importation de produits non fabriqués localement (sacs en matières plastiques biosourcées et compostés dans le premier cas, riz spéciaux dans le second).

249. Ce risque a également été identifié par l'Autorité dans l'avis n° 2018-A-09 précité lors de l'examen des effets d'éventuels quotas sur les crèmes dessert UHT demandés par les sociétés TFL/Socalait et présentés dans le projet de PAI pour 2019 (quota de 300 tonnes) alors que le fabricant local ne dispose pas de l'outil industriel pour fabriquer ces crèmes desserts. Or, ces produits présentent des caractéristiques très intéressantes pour les consommateurs calédoniens par rapport aux yaourts frais produits localement (longue conservation, transport hors de la chaîne du froid, prix bas...) ¹⁹⁰.
250. Par ailleurs, l'Autorité a déjà eu l'occasion de constater que **les volumes produits localement peuvent être insuffisants pour satisfaire la demande**, entraînant soit des ruptures d'approvisionnement, soit l'ouverture en urgence d'importations de produits substituables à des coûts élevés (cas réguliers des fruits et légumes en saison chaude, cas du papier toilette à la suite de l'incendie de l'usine d'un des deux producteurs locaux...), soit un report de la demande sur d'autres produits (cas des pâtes et des pommes de terre dont la consommation a fortement augmenté en raison de la non réévaluation régulière du quota de riz importé et de l'augmentation de la population).

v) L'absence d'animation concurrentielle entre les importateurs en raison du mode d'attribution des quotas et ses effets sur la filière de production

251. Dès 2012, l'Autorité métropolitaine avait déjà mis en lumière que *« le mécanisme de répartition des quotas peut figer la concurrence entre les opérateurs locaux : les nouveaux entrants, qui se voient attribuer un volume de quotas plus faible que les entreprises en place, sont naturellement défavorisés »* ¹⁹¹.
252. Cette limitation de l'animation concurrentielle sur les marchés de l'approvisionnement a été confirmée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de son avis sur le projet de décret modifiant le prix du riz « jasmin » précité. En outre, dans le secteur des fruits et légumes, les imperfections du mécanisme d'attribution et de répartition des quotas a été largement décrit par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et démontre qu'il a davantage tendance à créer un phénomène de rareté à l'origine de prix élevés qu'à véritablement réguler l'écoulement de la production locale au bénéfice de l'ensemble des producteurs locaux ¹⁹².
253. Dans le cadre de la présente instruction, il lui est également apparu que **ce mécanisme est de nature à peser sur le développement de l'industrie locale** car les distributeurs-grossistes qui font le choix de privilégier l'écoulement des produits locaux l'année N, se retrouvent pénalisés l'année suivante pour l'attribution de quotas d'importation au profit de distributeurs-grossistes spécialisés dans l'importation du même bien. Ce système est donc contre-productif par rapport à l'objectif de valorisation des filières locales.

¹⁹⁰ ACNC, avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018, voir les points relatifs à la demande de protection de marché de la société TFL/Socalait.

¹⁹¹ Voir le point 47 du rapport de l'Autorité métropolitaine de la concurrence de 2012, précité.

¹⁹² ACNC, avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 sur l'organisation de la filière fruits et légumes.

vi) L'effet de contournement des mesures de contingentement par les importateurs

254. A l'instar des dispositifs de réglementation des prix trop précis, les mesures de suspension des importations sont susceptibles d'entraîner des **comportements de contournement** de la législation **de la part des importateurs-grossistes, qui peuvent conduire indirectement à augmenter les coûts de production locaux.**
255. En 2012, l'Autorité métropolitaine avait déjà noté : « *Par exemple, pour échapper à l'interdiction d'importation de bacs de glace de deux litres, un importateur a expliqué qu'il demandait à son fournisseur des bacs de 2,1 litres. De tels bacs ne sont alors produits que pour le marché calédonien. Au-delà du temps consacré à contourner cette réglementation, le protectionnisme a donc également pour conséquence d'augmenter artificiellement le coût de fabrication de produits non concernés directement par les mesures de contingentement* »¹⁹³.

vii) Le risque de moindre compétition sur la qualité et l'innovation

256. Comme l'a mis en exergue l'association UFC Que Choisir Nouvelle-Calédonie dans la réponse à son questionnaire, **l'octroi de protection quantitative peut limiter la propension à innover ou à améliorer la qualité des produits locaux, en particulier s'il s'agit d'une mesure STOP sur un marché monopolistique ou oligopolistique, en raison d'une moindre concurrence.**
257. Interrogée sur les effets positifs des protections de marché à l'égard de l'industrie, elle a indiqué : « *Dans le cadre de la mondialisation des échanges avec ses méfaits potentiels (dumping social, surexploitation de l'environnement), les producteurs locaux inventent des stratégies nouvelles misant sur la qualité, la fraîcheur, la proximité et la réactivité. En Nouvelle-Calédonie, la protection juridique des marchés n'a pas conduit les producteurs locaux - au moins pour les produits destinés directement aux consommateurs - à être innovants (exemples : ni par la diminution des pesticides en matière agricole, ni par la mise en place d'un étiquetage nutritionnel, ni par l'amélioration de la composition nutritionnelle des produits élaborés, ...)* »¹⁹⁴.
258. La FINC et d'autres producteurs locaux estiment à l'inverse que les protections de marché sont un outil au service de l'innovation locale car elle permettrait aux opérateurs locaux ainsi protégés de la concurrence internationale, d'investir davantage pour développer des produits de meilleure qualité ou innovants.

viii) Les effets pervers de la réglementation des prix utilisée pour contrebalancer certains de ces effets anticoncurrentiels

259. Enfin, il apparaît que si la réglementation des prix est utilisée par les pouvoirs publics pour encadrer le pouvoir de marché des opérateurs (notamment à titre de contrepartie de l'octroi d'une protection de marché), elle engendre d'autres effets pervers déjà décrits par l'Autorité dans le cadre de son avis n° 2018-A-02 du 17 mai 2018.
260. Ainsi, dans le cas du prix du riz ou du carburant, elle a pu constater que le prix réglementé peut s'avérer supérieur au prix du marché au détriment des consommateurs car il résulte d'une formule complexe tenant compte des cours mondiaux mais également d'autres facteurs (rentabilité financière de l'entreprise, volumes de production...). De plus, dans le cas du riz, il a été démontré que le producteur local a pu maintenir son niveau de marge à la suite d'une

¹⁹³ Voir les points 49 du rapport de l'Autorité métropolitaine de la concurrence de 2012.

¹⁹⁴ Voir la réponse de l'UFC-Que choisir au questionnaire de l'instruction, juillet 2018.

baisse du prix règlementé en dégradant la qualité de ses matières premières (effet de dégradation).

b) Les effets anticoncurrentiels des barrières tarifaires sur les prix et la qualité des produits

261. L'Autorité souligne que si la logique de protection douanière est aisée à comprendre, pour protéger les agriculteurs ou l'industrie locale de la concurrence et favoriser l'emploi en Nouvelle-Calédonie, la théorie économique recommande le plus souvent d'éviter ce type de mesures ou, à tout le moins, de ne les instaurer qu'à titre temporaire (pour faire face à une crise particulière par exemple).
262. En effet, **ces barrières tarifaires renchérissent mécaniquement le prix des produits importés**. Cet effet inflationniste est d'autant plus nuisible s'agissant des productions agricoles qu'il peut s'agir de produits de première nécessité pour les consommateurs.
263. Ces barrières tarifaires **peuvent également conduire à renchérir les prix des produits locaux car les producteurs et les distributeurs locaux** peuvent avoir mutuellement intérêt à augmenter leurs prix de vente à un niveau juste inférieur aux prix des produits importés taxes incluses pour maximiser leurs profits tout en privilégiant l'écoulement des produits locaux. Ce phénomène est encore plus probable en cas de cumul de taxe (comme la TSPA) avec une mesure de contingentement protégeant les producteurs locaux. Il est également renforcé « *quand la majeure partie de la population est pauvre, [et que] les entreprises se destinent à la partie aisée de cette population, pour laquelle la demande est relativement rigide face aux variations de prix* » comme en Nouvelle-Calédonie¹⁹⁵.
264. Les barrières tarifaires peuvent enfin **limiter la propension des agriculteurs et des industriels locaux à améliorer la qualité de leurs produits ou leur productivité** en raison de la moindre pression concurrentielle qu'ils subissent de la part des produits importés renchériss.
265. **Pour autant, les barrières tarifaires ont naturellement moins d'incidence sur la concurrence que les mesures de suspension et de contingentement**. Ainsi, bien qu'elles puissent produire des effets équivalents sur le niveau des prix, elles n'interdisent pas toute possibilité d'importation et **améliore le surplus collectif grâce aux recettes budgétaires qu'elles engendrent et la création de valeur ajoutée qu'elles permettent en favorisant l'écoulement prioritaire des produits locaux, en principe moins chers**. C'est dans cette logique que s'inscrivent d'ailleurs les accords GATT/OMC qui interdisent les mesures de suspension et préconisent de remplacer les mesures de contingentement en barrières tarifaires.
266. En Nouvelle-Calédonie, il conviendrait donc d'**évaluer systématiquement le bénéfice coût/avantages de la transformation de barrières quantitatives en barrières tarifaires** au regard du rendement de la TCPPL et de la TSPA qui en résulterait¹⁹⁶. A cet égard, l'on peut citer l'exemple de la transformation d'un QTOP sur la pâte à tartiner en barrière tarifaire à compter du 1^{er} janvier 2012 qui a permis de rapporter 323,7 millions F.FCP à la Nouvelle-

¹⁹⁵ Voir Gaël Lagadec, Maître de Conférences, HDR, université de la Nouvelle-Calédonie : « *Les causes et conséquences de la cherté de vie en outre-mer* », Cahier du LARJE, 14 février 2012 : <https://larje.unc.nc/fr/les-causes-et-conséquences-de-la-cherte-de-la-vie-outre-mer-2/>.

¹⁹⁶ Dans le secteur des fruits et légumes par exemple, il serait pertinent de supprimer les mesures de suspension ou les quotas sur les fruits et légumes pour lesquels la production locale en volume est très faible (mandarines, avocat, poivrons, aubergines, banane poingo...) pour les remplacer, le cas échéant, par des barrières tarifaires dont le niveau pourrait être raisonnable pour les consommateurs dès lors que sont anticipés sur de gros volume d'importation.

Calédonie entre le 1^{er} janvier 2012 et le 31 décembre 2017¹⁹⁷. A l'inverse, la transformation d'une TCPPL en STOP sur les tubes et tuyaux à compter de 2016 a conduit à une perte de recettes de l'ordre de 30 millions de F.CFP par an¹⁹⁸.

267. S'il ne fait aucun doute qu'une politique protectionniste produit naturellement des effets anticoncurrentiels, l'Autorité rappelle néanmoins que l'intensité de ses effets sur le jeu de la concurrence dépend principalement de la nature de la mesure envisagée et du fonctionnement concurrentiel ou non du marché local qu'elle vise à protéger.

3. Des effets anticoncurrentiels dont l'intensité dépend de la nature de la mesure de protection et du fonctionnement concurrentiel ou non des marchés locaux concernés

268. L'Autorité considère que **les mesures de suspension (STOP ou SHUE) sont les plus attentatoires à la concurrence, suivies des mesures de contingentements (QTOP, QUE, QHUE) et des barrières tarifaires**. Le caractère anticoncurrentiel des mesures STOP ne fait pas débat, même au sein des producteurs locaux : ainsi, la société GBNC reconnaît que : « *Les protections de type STOP peuvent générer des impacts négatifs sur les consommateurs se voyant restreint à un choix limité de produits dans la catégorie douanière impactée* »¹⁹⁹.
269. **Les effets anticoncurrentiels de ces mesures sont d'autant plus importants que le marché local est concentré et peu contestable.**
270. En effet, **sur un marché monopolistique** par exemple, l'introduction d'une mesure de suspension de type STOP, conduit à l'élimination totale de la concurrence alors que sur un marché local atomisé, la même mesure n'aurait pas le même impact en raison de la concurrence existante entre les opérateurs locaux. Dans le premier cas, les clients – intermédiaires ou finaux – sont susceptibles de se trouver placés en situation de dépendance économique par rapport à l'opérateur en monopole, n'ayant plus d'autre alternative pour s'approvisionner, alors que dans le second cas, ces opérateurs peuvent faire jouer la concurrence entre les différentes entreprises locales.
271. De la même manière, une mesure de contingentement sur un marché monopolistique conduira nécessairement à renforcer le pouvoir de marché de l'opérateur local de manière beaucoup plus intense que si la même mesure est introduite sur un marché atomisé.
272. **Sur un marché oligopolistique**, une mesure de suspension, si elle ne conduit pas à l'élimination totale de la concurrence, pourrait néanmoins conduire à maximiser la rente des opérateurs locaux en favorisant localement des comportements collusifs pour fixer de manière coordonnée les prix ou se répartir la clientèle sachant parfaitement qu'ils sont protégés de la concurrence des produits importés. En revanche, une mesure de contingentement produirait un moindre effet anticoncurrentiel dès lors que les clients professionnels ou consommateurs disposeraient toujours de la possibilité de s'approvisionner, malgré des quantités moindres, en produits importés.
273. Enfin, **une barrière tarifaire**, si elle conduit mécaniquement à renchérir le prix des produits importés, a nécessairement un impact plus faible sur le jeu de la concurrence qu'une barrière

¹⁹⁷ Pour les années 2012 -2017, la TCCPL a été fixée en valeur à 500 F.CP/kg importé. Le rendement est donc calculé par la multiplication des volumes d'importations avec ce taux en valeur sur la période de référence.

¹⁹⁸ Cette perte de recettes fiscale est calculée à partir du rendement de TCPPL constaté en 2014 et 2015 sur les 6 TD relatifs aux tubes et tuyaux (Cf loi du pays n° 2015-4 du 20 juillet 2015).

¹⁹⁹ Voir la réponse au questionnaire de l'instruction de la société GBNC, juillet 2018.

quantitative en ce qu'elle n'empêche ou ne limite pas l'activité des importateurs (grossistes ou clients) et maintient donc une certaine pression concurrentielle sur le(s) producteur(s) local(ux), même sur un marché monopolistique ou oligopolistique, surtout si les volumes susceptibles d'être importés sont significatifs. En revanche, **le risque de voir les prix des produits locaux à un niveau proche de celui des produits importés est plus important sur un marché concentré que sur un marché atomisé où la concurrence par les prix entre producteurs locaux est plus forte.**

274. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que la réglementation sur les protections de marché, si elle vise des objectifs d'intérêt général, conduit à restreindre sensiblement la liberté d'entreprendre de nombreux opérateurs économiques et à limiter le jeu de la concurrence au détriment des consommateurs. Or, s'il est tout à fait possible au législateur d'apporter des limitations la liberté d'entreprendre et à la libre concurrence, encore faut-il veiller à ce qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée. L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point peut donc servir de grille d'analyse au législateur calédonien pour évaluer les limites d'un tel dispositif.

B. Les risques d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la concurrence

275. Le Conseil constitutionnel définit la liberté d'entreprendre comme « la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité » (soulignement ajouté)²⁰⁰. Il découle de ce principe que les entreprises doivent pouvoir exercer librement leur activité sur un marché.
276. Par essence, la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie porte atteinte à la liberté d'entreprendre en limitant – par des contingentements ou des barrières tarifaires – ou en interdisant – par des mesures de suspension – la possibilité pour des entreprises installées en Nouvelle-Calédonie de s'approvisionner à des prix compétitifs sur les marchés étrangers pour développer leur activité sur le territoire calédonien, notamment celle d'importateur-grossiste ou de commerçant.
277. Le Conseil constitutionnel considère toutefois que la liberté d'entreprendre n'est « *ni générale ni absolue* »²⁰¹ mais que « *s'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »²⁰² (soulignement ajouté).

²⁰⁰ Voir par exemple, décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 - M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]

²⁰¹ Voir, pour la première fois, décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, cons.12 et 13 ou plus récemment

²⁰² Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ; Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons. 24 ; Décision n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, cons. 13.

278. Le contrôle opéré par le Conseil Constitutionnel se limite le plus souvent à un contrôle de la disproportion manifeste, qui conduit rarement à la censure²⁰³. Il ressort sa jurisprudence que les limitations à la liberté d'entreprendre sont le plus souvent justifiées par un objectif d'ordre public de direction ou d'ordre public de protection. Elles sont de nature législative ou réglementaire et concernent la sécurité, la salubrité, la tranquillité, la santé publique, la préservation de l'environnement et même la libre concurrence.
279. En effet, si le juge constitutionnel n'a pas conféré à la libre concurrence une valeur constitutionnelle, il a déjà considéré que les règles garantissant la libre concurrence peuvent prendre le pas sur des principes constitutionnels comme la liberté d'entreprendre dès lors qu'elles sont justifiées par des objectifs de « *préservation de l'ordre public économique* », qui peuvent résulter de la nécessité d'« *assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé* »²⁰⁴ ou de « *maintenir un équilibre dans les relations commerciales* »²⁰⁵.
280. Dans ce cadre, et en ce qui concerne spécifiquement la Nouvelle-Calédonie, le juge constitutionnel a admis l'atteinte à la liberté d'entreprendre résultant de l'article 16 de loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie permettant à l'Autorité de la concurrence de contrôler des opérations de concentration, des opérations de croissance interne dans la grande distribution et d'imposer des cessions d'actifs aux entreprises dominantes, en cas de préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés « *indispensables à la garantie d'une concurrence effective* »²⁰⁶.
281. Pour sa part, le Conseil d'Etat a déjà admis à plusieurs reprises un autre objectif d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprendre, à savoir « *la modération des prix et la protection du pouvoir d'achat des consommateurs* », dès lors que la réglementation proposée revêt un « *caractère exceptionnel et temporaire* » et qu'elle ne fait pas obstacle à toute possibilité de concurrence.
282. Ainsi, lors de son examen de la loi du pays relative au plafonnement des prix et des produits et prestations de service en 2013, le Conseil d'Etat a considéré que si une loi de portée générale réglementant les prix restreint notablement les « *principes à valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle et de la liberté du commerce et de l'industrie qui découlent de la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », cette restriction paraît cependant justifiée « *par un objectif d'intérêt général suffisant, en l'espèce la modération des prix et la protection du pouvoir d'achat des consommateurs* ». A l'époque, l'atteinte à la liberté d'entreprendre pouvait se justifier par l'insuffisance d'une concurrence effective sur les marchés des produits et services de grande consommation que traduit la situation de « *vie chère* » en Nouvelle-Calédonie.
283. De même, lors de l'examen du projet de loi « *Concurrence, compétitivité, prix* » en 2016, le Conseil d'Etat a considéré que « *la mesure de gel des coefficients et taux de marge (...), si elle limite la liberté des entreprises de fixer leur prix de vente pendant 18 mois, revêt un caractère*

²⁰³ Huit décisions depuis 1982 : Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000 - Loi SRU, Décision n° 2001-455 du 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale, Décision n° 2010-45 QPC13, Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 - M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle], Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 - Loi relative à la sécurisation de l'emploi, Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014 - Loi visant à reconquérir l'économie réelle, Décision n° 2014-701 DC du 9 octobre 2014 - Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, Décision n° 2017-748 DC du 16 mars 2017 - Loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle

²⁰⁴ Décision n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, cons. 11.

²⁰⁵ Décision n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, cons. 5.

²⁰⁶ Décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013. Cet article est codifié à l'article Lp. 422-1 du code de commerce.

exceptionnel et temporaire, est justifiée par la mise en œuvre d'une réforme fiscale de grande envergure [la TGC] dont elle conditionne en partie la réussite et peut être regardée, eu égard à la situation particulière de la Nouvelle-Calédonie, comme poursuivant un objectif d'intérêt général de modération, voire de baisse des prix et de préservation du pouvoir d'achat des consommateurs »²⁰⁷.

284. Encore plus récemment, le Conseil d'Etat a confirmé cette analyse dans un avis du 22 mai 2018 en précisant que l'atteinte à la liberté d'entreprendre était proportionnée à l'objectif de modération des prix et de protection du pouvoir d'achat des consommateurs en raison de son caractère temporaire et du fait que *« que cette mesure, si elle interdit toute évolution à la hausse des marges, ne fait pas obstacle à ce que les entreprises réduisent celles-ci en fonction de la situation de la concurrence prévalant sur les marchés concernés. »*²⁰⁸ (soulignement ajouté).
285. Si la nécessité de garantir une concurrence effective sur un marché est un objectif d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte à la liberté d'entreprendre, l'Autorité souligne que le Conseil constitutionnel a en revanche considéré comme une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprendre le fait de confier à l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF) le monopole de l'importation en Nouvelle-Calédonie des viandes et abats d'animaux des espèces bovines, porcines, ovines, caprines, chevalines ou de cervidés.
286. Par définition, l'instauration d'un monopole légal d'importation supprime toute possibilité de concurrence et porte atteinte à la liberté d'entreprendre des importateurs (grossistes ou commerçants). Pour justifier cette atteinte à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel retient que ce monopole est confié à *« un établissement public industriel et commercial chargé d'une « mission de service public de régulation du marché de viandes en Nouvelle-Calédonie ; que sa création en 1963 a visé à protéger la production locale de viande et à assurer le bon approvisionnement de la population du territoire ; que, dans le cadre de cette mission, la délibération du 26 mai 2003 susmentionnée a également confié à l'OCEF le monopole d'importation des viandes ; qu'eu égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'OCEF en complément de sa mission de service public par la délibération du 26 mai 2003 ne revêt pas un caractère disproportionné »*²⁰⁹ (soulignements ajoutés).
287. Selon le commentaire de cette décision publié par le Conseil constitutionnel, deux raisons cumulatives ont conduit à cette conclusion. D'une part, le Conseil a considéré que le législateur calédonien a pu estimer que le monopole d'importation *« constitue le complément nécessaire du service public »* assuré par l'OCEF. D'autre part, le Conseil a précisé que *« les particularités de la Nouvelle-Calédonie » doivent être prises en compte « qui tiennent à l'organisation de la production locale des viandes. L'OCEF traite de celle-ci dans toutes les provinces, y compris les territoires les plus reculés. Cette organisation a permis de satisfaire les besoins d'approvisionnement de la population »*²¹⁰ (soulignements ajoutés).

²⁰⁷ Avis du Conseil d'Etat n° 391-543 du 26 mai 2016, précité.

²⁰⁸ Avis du Conseil d'Etat n° 394.751 du 22 mai 2018 relatif au projet de loi du pays du pays modifiant les dispositions de l'article Lp. 442-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et, au projet de loi du pays du pays modifiant les articles Lp. 411-2 et Lp. 412-4 du code de commerce, certaines dispositions de la loi du pays n°2016-15 du 30 septembre 2016 ainsi que les dispositions spécifiques de remboursement des taxes sur les stocks.

²⁰⁹ Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012, cons. 8 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012258QPC.htm>.

²¹⁰ Voir le commentaire de la décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012258qpc/ccc_258qpc.pdf.

288. Cette décision du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la même logique que celle justifiant la possibilité pour les Etats membres, au sein de l'Union européenne, de déroger aux règles de la concurrence, pour confier un droit d'exclusivité à un opérateur public ou privé afin d'accomplir un « service d'intérêt économique général » à des conditions économiques acceptables, admettant ainsi la possibilité de lui verser une compensation financière malgré le principe d'interdiction des aides d'Etat. En effet, comme l'a rappelé récemment l'Autorité de la concurrence métropolitaine, dans cette hypothèse, *« il s'agit d'examiner dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l'exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables »*²¹¹ (soulignements ajoutés).
289. Or, l'Autorité ne peut que constater que l'octroi de protection de marché à des opérateurs privés en Nouvelle-Calédonie ne s'inscrit pas dans le cadre de cette jurisprudence. Les opérateurs concernés ne sont pas tenus d'accomplir une mission de service public, ou plus largement un service d'intérêt économique général, justifiant une dérogation aux règles de la concurrence et au principe de la liberté d'entreprendre. Aussi, dans l'hypothèse de l'adoption d'une loi du pays modernisant la réglementation des protections de marché, l'Autorité invite le gouvernement à la prudence dans le cadre des objectifs qu'il poursuivrait et des mesures de protections envisagées.
290. En séance, les commissaires du gouvernement ont précisé à l'Autorité que les mesures de protections de marché sont justifiées par des objectifs d'autosuffisance alimentaire sur le plan agricole et par le développement du tissu productif et de l'emploi industriel. Ils ont souligné la difficulté pour les entrepreneurs calédoniens de s'engager dans ces activités étant donné les risques financiers et sociaux qui y sont associés. Ils ont également soutenu que ces objectifs s'inscrivent dans le prolongement de l'Accord de Nouméa, à valeur constitutionnelle, qui promeut d'une part « l'autonomie et la diversification économique », d'autre part le développement de « l'emploi local »²¹².
291. L'Autorité observe que la réglementation sur les protections de marché vise en effet des objectifs de progrès économiques considérés comme supérieurs au strict respect de la liberté d'entreprendre et reflète un choix de politique économique.
292. Dans la mesure où la réglementation relative aux protections de marché en vigueur est susceptible, dans certains cas, de conduire à une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, l'Autorité propose des modifications de manière à la rendre davantage compatible avec l'impératif de concurrence pour exercer une pression à la baisse sur les prix.

C. Les améliorations susceptibles d'être apportées à la réglementation dans un sens plus compatible avec l'impératif de concurrence

293. L'Autorité souligne que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie envisage de moderniser la réglementation sur les mesures de protections de marché conçue comme un outil au service d'une stratégie économique du territoire.

²¹¹ CJUE, 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. P. I-2553, point 1).

²¹² Voir notamment les articles 3.1.1 et 4.2.1 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 (Document d'orientation).

294. L'Autorité considère que les mesures de protection de marché, compte tenu de leurs effets néfastes sur la concurrence, devraient cependant être envisagées « en ultime recours », si les conditions sont réunies, et après une analyse de la faisabilité de mesures plus respectueuses de la concurrence pouvant conduire au même résultat. En pratique, l'instruction a mis en évidence le fait que certains producteurs ont parfois recours à des protections de marché alors qu'ils n'en ont pas la nécessité²¹³ (risque de détournement de procédure) ou que d'autres solutions, moins attentatoires à la concurrence s'offrent à eux²¹⁴.
295. L'examen des cinq demandes de protection de marché dans le cadre de l'avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018 montre également qu'il existe une graduation possible dans le choix des mesures de protections susceptibles d'être mises en place pour éviter de porter une atteinte disproportionnée à la libre concurrence²¹⁵.
296. Une évolution du dispositif réglementaire est par ailleurs envisageable pour tendre vers un modèle plus concurrentiel et susceptible d'exercer une pression à la baisse sur les prix.

1. Sur la nature et les conditions d'octroi d'une protection de marché

a) Des objectifs à préciser et des conditions d'octroi visant la réalisation d'un progrès économique qui pourraient s'inspirer du dispositif prévu à l'article Lp. 421-4 du code de commerce

297. Actuellement, l'article 1^{er} de la délibération n° 252 sur les protections de marché vise plusieurs objectifs qui répondent à des préoccupations d'intérêt général plus larges que celles liées au respect du principe de la libre concurrence et conduit à une analyse des demandes fondée sur des critères non hiérarchisés, parfois décrits comme susceptibles de conduire à des décisions arbitraires²¹⁶. En outre, cet article ne vise pas explicitement l'objectif de création d'emploi, pourtant systématiquement mis en avant lors de l'instruction pour justifier l'existence de protection de marché.
298. **Dans le cadre d'un projet de loi du pays visant à moderniser la réglementation sur les protections de marché, l'Autorité recommande au gouvernement de limiter l'instauration de mesures restrictives à l'importation de nature quantitative ou tarifaire au champ des dérogations prévues par les accords GATT/OMC, et notamment celles relevant de la protection de la santé ou de l'environnement ou celles qui s'avèrent nécessaires pour l'application de normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international. De plus, elle souligne la nécessité de maintenir le principe de non-cumul d'une barrière tarifaire et d'une barrière quantitative sur un même produit d'origine européenne conformément à l'accord d'association UE/PTOM.**

²¹³ Voir le cas de la société AEDES qui perçoit les protections de marchés comme un dispositif de soutien additionnel aux entreprises, qui vient en complément de ceux précités et viserait les mêmes objectifs. Il serait ainsi cohérent pour la société « d'aller au bout de la logique » et de solliciter une protection de marché même si la situation financière de la société ne le requiert pas spécifiquement. Il existe, dès lors, un risque de détournement de procédure.

²¹⁴ L'exemple de la protection de marché demandée par la société Pacific Pet Food producteur de croquettes pour animaux illustre cette problématique. En l'espèce, la demande de PDM a été retirée en contrepartie d'un engagement des distributeurs à mettre davantage en avant les produits locaux. Voir le procès-verbal d'audition des représentants su SCNC du 11 juillet 2018.

²¹⁵ ACNC, avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018 portant sur cinq demandes de protections de marché individuelles et divers projets de délibérations et d'arrêtés y afférant.

²¹⁶ Voir par exemple, la réponse au questionnaire de la société Riz de St Vincent, précité.

299. Elle l'invite également à **inscrire explicitement dans le projet de loi le fait que la protection de marché ainsi accordée doit contribuer à la « création d'emploi » et à la structuration des filières de production.**
300. L'article 1^{er} de la délibération n° 252 prévoit déjà un « test » pour apprécier l'opportunité de mettre en place une protection de marché à travers une mise en balance du « *supplément de valeur ajoutée apporté par la fabrication locale de biens par rapport à l'importation de biens identiques ou similaires* » « *au regard de l'atteinte portée au droit et au bien-être du consommateur* ». Toutefois, il ressort de l'instruction que ce dernier enjeu n'est pas suffisamment pris en considération.
301. Sans remettre en cause la pertinence des critères d'analyse visés par l'annexe de la délibération n° 252, l'Autorité considère qu'ils mériteraient d'être systématiquement pris en considération au travers de ce « **test** » **de contribution au progrès économique, qui lui-même devrait être précisé quant à ses modalités de mise en œuvre.**
302. Pour ce faire, comme elle l'a déjà suggéré dans son avis n° 2018-A-04 relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes, il lui paraîtrait pertinent d'**apprécier l'opportunité d'une mesure de protection de marché en se référant à la grille d'analyse mentionnée à l'article Lp. 421-4 du code de commerce.** Cet article fixe en effet les conditions dans lesquelles certaines pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des opérateurs économiques sur des marchés, peuvent échapper à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante dès lors qu'elles « *ont pour effet d'assurer un progrès économique et réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».
303. Or, dans la mesure où une protection de marché renforce nécessairement le pouvoir de marché des opérateurs locaux en réduisant ou en supprimant la concurrence des produits importés, il paraît légitime qu'elle soit appréhendée de la même manière qu'une pratique anticoncurrentielle qui atténue ou élimine la pression concurrentielle sur un marché donné et qu'elle soit susceptible d'être autorisée selon les mêmes critères d'exemption individuelle.
304. A cet égard, il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence en métropole que la notion de « *progrès économique* » visée à l'article L. 420-4 du code de commerce métropolitain (qui trouve son pendant à l'article Lp. 421-4 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie) est suffisamment large pour englober l'ensemble des objectifs actuellement visés par l'article 1^{er} de la délibération n° 252, à savoir :
- « *faciliter l'écoulement des produits fabriqués en Nouvelle-Calédonie sur le marché local* » ;
 - « *leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés et de favoriser ainsi le développement des entreprises locales* » ;
 - « *s'inscrire dans une logique de filière, participer au rééquilibrage économique de la Nouvelle-Calédonie et doivent concourir au développement durable* » ;
 - ou encore favoriser l'emploi sur le territoire calédonien, même si ces termes n'apparaissent pas expressément dans la délibération n° 252.
305. Dès lors, les critères d'appréciation de la demande seraient beaucoup plus clairs pour les entreprises concernées car il existe une jurisprudence fournie de la part des autorités de concurrence française et européenne pour définir les conditions dans lesquelles une pratique anticoncurrentielle remplit les conditions visées à l'article Lp. 421-4.
306. La transposition de ces critères pour fonder une demande de protection de marché reviendrait à mettre à la charge du demandeur le soin de démontrer que :

– **la mesure de protection de marché contribue directement au « progrès économique »**, lequel recouvrirait bien évidemment le supplément de valeur ajoutée apporté par la fabrication ou la transformation locale, la création d’emplois, la valorisation de la filière locale mais également d’autres champs (gains d’efficacité quantitatifs ou qualitatifs résultant de la mesure de protection). Il devrait donc être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe de la mesure en cause, sans qu’il puisse être obtenu par d’autres moins attentatoires à la concurrence²¹⁷ ;

– **la mesure de protection de marché réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte**, étant précisé que « *la notion « d’utilisateur » englobe tous les acteurs, directs ou indirects, des produits couverts par l’accord, y compris les transformateurs, les grossistes, les détaillants, mais surtout, dans le cas de biens destinés à être largement commercialisés, les consommateurs finals* »²¹⁸. La notion de « *partie équitable* » suppose que les avantages obtenus par les utilisateurs compensent les inconvénients qui en résultent. Par exemple, si une mesure de protection de marché est susceptible d’entraîner une hausse des prix, il faut pouvoir constater un relèvement conséquent de la qualité des produits ou obtenir un engagement de la part du demandeur sur les prix de vente ;

– **la mesure de protection de marché ne permet pas aux entreprises du secteur protégé d’avoir la possibilité d’éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés**. Il s’ensuit que les mesures de suspension les plus graves (STOP) ne devraient pas pouvoir être maintenues ou accordées à un secteur monopolistique ou quasi-monopolistique dans la mesure où elles élimineraient toute possibilité de concurrence ;

– enfin, **la mesure de protection de marché est indispensable pour parvenir à l’objectif poursuivi**. Cela suppose de vérifier s’il n’existe pas d’autres moyens moins attentatoires à la concurrence que la protection de marché demandée pour parvenir aux objectifs de progrès économique poursuivis.

307. L’Autorité considère que cette grille d’analyse permettrait au service instruisant la demande de protection de marché de bénéficier de critères simples et clairs permettant de vérifier notamment les effets réels ou potentiels de la mesure demandée sur le jeu de la concurrence à l’égard des producteurs, des importateurs, des grossistes-distributeurs, des clients professionnels et des consommateurs. **C’est en tout état de cause la méthode d’analyse qu’elle a appliquée pour répondre aux demandes d’avis du gouvernement sur les cinq nouvelles mesures de protection de marché particulières proposées pour l’année 2019** dans le cadre de son avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018²¹⁹.

308. Elle invite donc le gouvernement à **modifier la réglementation pour prévoir que : « La mise en place d’une mesure de protection de marché doit permettre d’assurer un progrès économique et réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d’éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause »**.

²¹⁷ Voir l’Avis n° 99-A-17 du 17 novembre 1999 du Conseil de la concurrence métropolitain relatif à la mise en œuvre des remboursements différenciés en matière d’optique et à la question de la communication des conventions signées entre mutuelles et opticiens.

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ ACNC, avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018 portant sur cinq demandes de protections de marché individuelles et divers projets de délibérations et d’arrêtés y afférant.

b) Privilégier les mesures normatives ou tarifaires aux mesures quantitatives

309. **En premier lieu, l'Autorité recommande de maintenir dans une future loi du pays le caractère alternatif des mesures quantitatives et des mesures tarifaires** conformément à l'accord d'association PTOM/UE. Cette précaution permettrait également d'éviter de considérer que ces mesures portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.
310. **En troisième lieu, elle recommande en parallèle au gouvernement de s'engager dans une « revue générale des protections de marché », destinée à supprimer ou transformer les mesures quantitatives en mesure tarifaire dès lors que leur maintien ne s'avère plus pertinent.**
311. L'Autorité souligne le cas particulier de la production agricole. Comme elle l'a déjà mentionné dans le cadre de son avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes, le maintien de protections quantitatives dans ce secteur peut s'avérer justifié au regard de la grille d'analyse proposée précédemment
312. L'Autorité rappelle que les mesures quantitatives et des mesures tarifaires aboutissent à des résultats équivalents tant au regard de la protection qu'elles offrent qu'au regard de l'inflation qu'elles provoquent : les barrières tarifaires augmentent le prix des marchandises importées par le prélèvement d'une taxe à l'entrée sur le territoire tandis que les quotas augmentent le prix du produit importé sous l'effet d'une raréfaction de l'offre. Toutefois, la mise en place de mesures de restrictions quantitatives ne procure au gouvernement calédonien aucune recette fiscale contrairement aux mesures tarifaires, lesquelles offrent également l'avantage de maintenir une certaine pression concurrentielle sur les prix pratiqués par les producteurs locaux.
313. Cette proposition a déjà été formulée par le rapport Lieb précité et a également été retenue par l'Autorité de la concurrence métropolitaine dans son rapport de 2012 précité. Cette dernière relevait néanmoins que la *« difficulté d'une telle transformation des quotas en tarifs douaniers réside dans la fixation du niveau de tarif adéquat, offrant aux opérateurs locaux une protection équivalente à celle tirée des quotas d'importations »*.
314. En effet, fixée à un niveau trop élevé, la mesure tarifaire risque de totalement dissuader les importations privant ainsi la Nouvelle-Calédonie des recettes douanières correspondantes et empêchant les importations d'exercer leur rôle de stimulant concurrentiel à l'égard des industriels locales. Fixée à un niveau insuffisant, la mesure tarifaire ne remplirait, en revanche, pas son rôle de protection.
315. Pour cette raison, comme préconisé par l'Autorité métropolitaine, il serait préférable d'initier cette transformation des mesures quantitatives en tarifs douaniers sur des marchés de taille réduite, et pour les marchés plus importants, de procéder, pendant une période transitoire, à des appels d'offres pour l'attribution des quotas (cf *infra*). A terme, les mesures de protection sur l'ensemble des marchés s'appuieraient donc très majoritairement sur des tarifs douaniers plutôt que sur des quotas.
316. Pour conduire cette revue générale des protections de marché (RGPM), l'Autorité recommande au gouvernement d'en confier la tâche, s'agissant des produits non périssables, à la Direction des affaires économique qui a eu l'habitude d'assurer une veille concurrentielle jusqu'en 2014, et, s'agissant des produits périssables, à l'Agence rurale conformément à la recommandation

n° 1 formulée dans son avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes²²⁰.

317. Enfin, l'Autorité invite le gouvernement à **engager en priorité une révision des protections de marché accordées aux produits de première nécessité** : il ressort en effet de la consultation publique que les protections de marché les plus contestées sont les protections quantitatives relatives à des produits de base (ou de première nécessité) comme le riz, les pâtes alimentaires, le papier hygiénique ou encore les yaourts. Dans le contexte spécifique de lutte contre la vie chère engagée par le gouvernement, il serait opportun de vérifier si les protections quantitatives octroyées ont effectivement permis de faire baisser les prix et, à défaut, de prévoir leur suppression progressive, sauf à ce que les producteurs locaux s'engagent à baisser les prix.

c) Mettre à la charge du demandeur la démonstration de la pertinence de la mesure de protection demandée et des gains d'efficience attendus

318. L'Autorité considère également que **devrait être rapportée, au dépôt du dossier de demande, la preuve par l'entreprise demanderesse de la protection de marché que les critères justifiant l'octroi d'une telle protection sont réunis et que les gains d'efficacité résultant de cette mesure de protection sont mesurables et certains.**
319. **Il appartiendrait également au demandeur ayant la qualité de « transformateur » de démontrer que son activité présente un taux d'ouvraison suffisant.** Pour ce faire, la réglementation pourrait faire référence aux règles utilisées par les services des douanes pour déterminer l'origine d'un produit et notamment celle relative au critère de la « *transformation substantielle* ». Des **critères reposant sur le changement de position douanière** (quatre premiers chiffres de la nomenclature douanière SH) **ou sur le critère de la valeur ajoutée**, permettraient de déterminer si le produit en question a fait l'objet d'une transformation substantielle étant précisé qu'en vertu de ces règles, certaines opérations ne doivent jamais être considérées comme des ouvraisons ou des transformations substantielles.
320. Dans le même sens, il devrait être prévu dans la réglementation un **critère relatif à la faisabilité de la mise en œuvre de la protection demandée**. Ainsi, s'il apparaît impossible d'isoler le produit en question au sein du tarif douanier, la protection ne devrait pas être accordée²²¹.
321. **Le demandeur devrait également être chargé de décrire le marché pertinent** qu'il souhaite voir protégé afin de permettre au service instructeur d'identifier rapidement le champ du test de marché à réaliser afin de vérifier si la mesure de protection demandée porte bien sur des produits directement concurrents de ceux fabriqués localement et si les produits sont suffisamment bien identifiés dans le tarif douanier.

²²⁰ ACNC, avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes. Pour mémoire, « *Recommandation n°1 : réévaluer chacune des protections quantitatives accordées sur les fruits et légumes dans le programme annuel d'importation à l'aune des critères susceptibles de justifier une restriction de la concurrence au regard de sa contribution au progrès économique, et, le cas échéant, supprimer progressivement celles qui ne seraient plus justifiées. La revue des protections quantitatives sur les fruits et légumes à partir de cette grille d'analyse permettrait de justifier le maintien de stops ou de quotas sur les seuls produits locaux performants ou potentiellement compétitifs, ainsi que sur les produits revêtant une importance symbolique (tubercules tropicaux) ou sur ceux particulièrement générateurs d'emplois face aux importations notamment. A l'inverse, les restrictions quantitatives sur les autres fruits et légumes ne présentant pas ces caractéristiques pourraient être progressivement supprimées (sur une période de trois à cinq ans par exemple) pour ne pas déstabiliser de manière trop abrupte les producteurs locaux et leur laisser le temps de réorienter leurs productions sur les plus performantes* ». <https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis-18-a-04.pdf>.

²²¹ Voir la demande de la société AEDES concernant laquelle il n'est pas possible, pour les douanes, d'isoler la mousse destinée aux protections de gouttière de celle destinée à d'autres applications

322. Enfin, **les gains d'efficacité résultant de la protection de marché demandée devraient être présentés par l'entreprise demanderesse à partir d'un argumentaire étayé démontrant qu'ils sont quantifiables et vérifiables, spécifiques à la demande de protection de marché et qu'une part substantielle de ces gains est transférée aux consommateurs.**
323. Plus les effets négatifs potentiels sur la concurrence sont importants, plus il conviendra de s'assurer que les gains d'efficacité allégués sont élevés, que leur matérialisation est probable et qu'ils seront répercutés suffisamment sur les consommateurs. Du point de vue de l'Autorité, il serait hautement improbable qu'une demande de STOP ou de SHUE qui débouche sur une position proche du monopole sur le marché local, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être admise au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels.
324. En outre, l'Autorité considère que plus les gains d'efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins il devrait leur être accordé de poids. Cela signifie que, pour être considérés comme un facteur de contrepoids, les gains d'efficacité doivent intervenir en temps utile. Il en est de même des engagements susceptibles d'être proposés par l'entreprise pour contrebalancer l'impact sur la liberté d'entreprendre et la libre concurrence de ladite mesure (cf *infra*).
- d) Imposer au demandeur de présenter, au dépôt de la demande, des engagements quantifiables et vérifiables, spécifiques à la demande de protection de marché qui réservent à la filière locale et aux consommateurs une partie équitable du profit résultant de la protection*
325. Plutôt que de consacrer juridiquement l'existence des contrats de performance instaurés par le gouvernement depuis quelques années, **l'Autorité recommande d'introduire dans la réglementation un dispositif inspiré de la procédure de contrôle des concentrations** (article Lp. 431-5 du code de commerce) **qui permettrait d'exiger de la part de l'entreprise concernée, dès le dépôt de sa demande de protection de marché, des engagements structurels ou comportementaux.**
326. Il pourrait ainsi être prévu par la loi du pays que : **« le demandeur prend toute mesure propre à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être des consommateurs liées à la mesure de protection demandée. ».**
327. Il pourrait également être précisé que les engagements doivent nécessairement contribuer au développement de la filière locale.
328. **Les engagements devraient être mis en œuvre sur l'ensemble de la durée de la protection accordée.**
329. Enfin, l'Autorité recommande au gouvernement de **préciser dans la loi du pays que les engagements doivent être :**
- i) **Efficaces** au regard du progrès économique attendu, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être du consommateur ;
 - ii) **quantifiables et vérifiables ;**
 - iii) **spécifiques et adaptés à la demande de protection de marché concernée ;**
 - iv) **rapides à mettre en œuvre.**

2. Sur la durée d'une protection de marché et son renouvellement

a) Encadrer la durée de la protection de marché dans un délai raisonnable

330. Actuellement, la délibération n° 252 fixe la durée des protections de marché accordées par le gouvernement à 5 ans en toute hypothèse.
331. L'Autorité recommande pour sa part de **ne pas fixer de durée légale mais de déterminer une durée de protection au cas par cas**. En effet, selon les protections de marché demandées et les marchés concernés, une durée de 5 ans peut s'avérer trop courte ou trop longue.
332. En outre, la **durée des engagements susceptibles d'être pris dans le cadre de cette nouvelle procédure devrait nécessairement correspondre à la durée de la protection accordée** (cf *infra*).

b) Interdire le renouvellement automatique de la protection de marché en faisant peser la charge de la preuve de sa nécessité sur l'entreprise ou la filière

333. L'Autorité considère qu'**une protection de marché doit être, par principe, temporaire**.
334. Aussi, **le renouvellement d'une demande de protection ne devrait jamais pouvoir être tacite** et la **charge de la preuve de sa nécessité devrait reposer exclusivement sur le demandeur**.
335. En effet, les conditions de marché peuvent évoluer de même qu'en principe la compétitivité des entreprises sous l'effet de la protection qui leur a été accordée, si bien qu'il paraît tout à fait justifié que **la protection de marché devienne caduque automatiquement à l'issue du délai pour lequel elle a été initialement accordée**, à charge pour l'entreprise ou la filière de démontrer la nécessité de son maintien, et le cas échéant de proposer de nouveaux engagements en contrepartie de son renouvellement.
336. L'Autorité en conclut que la **demande de renouvellement devrait être traitée selon la même procédure qu'une demande de protection initiale avec des exigences supplémentaires tenant à l'évaluation de l'efficacité de la mesure de protection accordée à l'origine**.

c) Autoriser l'entreprise, la filière ou l'administration à demander une réévaluation du niveau du contingentement ou de la barrière tarifaire

337. L'Autorité invite également le gouvernement à se laisser la possibilité, ainsi qu'aux entreprises protégées, de **réviser le niveau de la protection de marché accordée**, qu'il s'agisse d'un quota ou d'une barrière tarifaire afin de **pouvoir tenir compte de l'évolution du marché** (notamment de la demande en cas de contingentements) **ou de la survenance d'un événement exceptionnel** (comme par exemple l'incendie d'une usine d'un des opérateurs sur le marché rendant nécessaire l'ouverture de quotas supplémentaires). En conséquence, il conviendrait de :
- **rétablir la mission de veille économique de la DAE** sur le suivi des protections de marché : dans ce cadre, la DAE devrait pouvoir recueillir l'avis de tous les opérateurs intéressés (notamment celui des importateurs et des associations de défense des consommateurs) ;
 - prévoir la possibilité de **suspendre la mesure de protection en cas d'évènement exceptionnel** à la demande de l'entreprise, de la filière ou du gouvernement ;
 - prévoir la possibilité pour le gouvernement de **supprimer la mesure de protection si les motifs qui ont conduit à son attribution ne sont plus vérifiés**.

3. Sur la procédure d'instruction des demandes de protection

338. Il ressort des auditions menées que la procédure d'instruction des demandes de protection de marché et d'examen en collégialité, au sein du COMEX, n'est pas satisfaisante.
339. L'Autorité considère que le gouvernement pourrait, là encore, s'inspirer de la procédure applicable en matière d'examen d'une opération de concentration pour **encadrer dans des délais stricts l'instruction de la demande**, depuis le jour du dépôt du dossier jusqu'à la décision finale.

a) La procédure en cas d'une demande de protection de protection quantitative

340. Dans le cas d'une **demande de protection quantitative**, l'Autorité propose **deux options**²²² :
- soit le gouvernement et le congrès considèrent que la mesure de protection de marché va nécessairement impacter le fonctionnement de la concurrence, comme sont susceptibles de le faire une opération de concentration ou une opération de création ou de changement d'enseigne dans le secteur du commerce de détail, et souhaitent dans ce cas **confier à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie le soin d'examiner et traiter la demande, de son dépôt jusqu'à la décision, en laissant néanmoins la possibilité au gouvernement d'évoquer la décision de l'Autorité** pour passer outre, pour des motifs et selon une procédure identiques à ceux prévus aux articles Lp. 431-5 et Lp. 431-7-1 du code de commerce ;
 - soit ils considèrent que la décision d'attribution de la protection de marché relève de considérations de politique économique dépassant la mission de l'Autorité, malgré l'application des critères fixés par la loi encadrant les modalités d'instruction, de sorte qu'elle ne serait saisie que pour avis. Dans ce cas, **le service instructeur devrait être la Direction des affaires économiques (DAE).**
341. Dans cette seconde hypothèse, il conviendrait de rendre la **procédure** devant le service instructeur du gouvernement, en pratique la DAE, **plus efficiente et plus transparente** qu'aujourd'hui et de bien l'articuler avec la saisine pour avis de l'Autorité.
342. Ainsi, la loi du pays pourrait prévoir que les services de la DAE procèdent à la **publication d'un communiqué lors du dépôt officiel de la demande de protection**, sur leur site internet pour informer les tiers de cette dernière de manière à leur permettre de formuler des observations écrites ou orales (en particulier ceux non représentés au sein du COMEX)²²³. Parallèlement à la publication de ce communiqué, et **dès réception complète du dossier** de demande, celui-ci devrait être **transmis pour information à l'Autorité**. A l'issue de son examen, la DAE rendrait une proposition de décision au gouvernement sur la demande et les engagements présentés par l'entreprise.
343. **Le COMEX pourrait être maintenu, en tant qu'instance collégiale, sous réserve de réviser sa composition pour assurer une meilleure représentativité des acteurs économiques.** La surreprésentation de l'administration et des autorités politiques (3 assemblées de province, IEOM, DAE, présidence du gouvernement) pose problème et paraît inutile dès lors que ce

²²² La FINC et certains producteurs locaux (TFL/Socalait par exemple) proposent de confier l'instruction des dossiers à une « Agence de développement de l'industrie ». Toutefois, l'Autorité a écarté cette option considérant que la neutralité de l'instruction par rapport aux secteurs de l'industrie et de l'importation était une garantie d'impartialité absolument nécessaire à l'efficacité du dispositif.

²²³ Ce communiqué pourrait contenir les informations suivantes : nom de l'entreprise auteur de la demande ; nature de la mesure demandée (tarifaire etc.) ; le secteur concerné et le délai laissé aux tiers pour faire leurs observations.

comité ne rend en pratique qu'un avis. De même, la présence obligatoire des trois chambres consulaires paraît inopportune dès lors qu'elles ne sont pas toujours concernées par la demande de protection en cause. En revanche, certaines fédérations professionnelles devraient être obligatoirement invitées lorsqu'elles sont directement concernées par la demande de protection (par exemple, la FCBTP dans le cas d'une protection sur des matériaux de construction). En conséquence, une participation facultative des autorités politiques provinciales et des chambres consulaires pourrait être instaurée, en redéfinissant un quorum à la majorité simple des participants présents. Par ailleurs, de manière plus radicale, la présidence du gouvernement pourrait être supprimée, le pilotage étant confié à la DAE. Cette instance collégiale ne devrait pouvoir être réunie qu'après transmission de la proposition de décision de la DAE sur la demande et les engagements présentés par l'entreprise expurgée du secret des affaires au moins sept jours avant. Le COMEX rendrait, **à l'issue d'un vote secret, un avis simple et motivé au gouvernement, qui aurait vocation à être rendu public.**

344. Le gouvernement pourrait ensuite prendre un projet d'arrêté présentant le contenu de la protection de marché accordée, une évaluation de son impact sur le fonctionnement des marchés concernés, les gains d'efficacité attendus ainsi que les engagements associés, puis saisir l'Autorité de la concurrence pour avis en lui transmettant l'ensemble des documents utiles à son instruction, et en particulier la proposition de décision de la DAE et l'avis du COMEX. **L'Autorité devrait alors disposer d'un délai raisonnable pour rendre son avis, qui ne saurait être inférieur à 40 jours ouvrés.**

b) La procédure en cas d'une demande de protection impactant les recettes fiscales

345. Dans le cas d'une **demande de protection qui impacterait les recettes fiscales**, le gouvernement devrait pouvoir prendre sa décision, selon la même procédure que celle définie au point a), mais après avoir obtenu l'**autorisation du congrès**, seul compétent pour fixer les taux d'imposition de toute nature et pour créer ou modifier, le cas échéant, les sous-position du tarif douanier. Cela serait également le cas lorsqu'une demande viserait à transformer une barrière tarifaire en barrière quantitative dès lors qu'il s'ensuivrait nécessairement une perte de recettes fiscales.
346. A défaut d'autorisation de la part du congrès lui-même, l'Autorité recommande *a minima* au gouvernement d'**informer la commission de la législation et de la réglementation économique et fiscale (CLERF)** de la demande de protection demandée et lui présenter une étude d'impact sur le niveau des recettes fiscales qui résulterait de la mise en place de la mesure de protection de marché, dans un sens ou dans un autre, avant de prendre sa décision.

c) La nécessaire réforme de la procédure d'obtention des dérogations

347. Comme le montre le cas des « serviettes en papier » ou des pâtes alimentaires précités (cf supra – I) ou encore l'examen de la demande de protection de marché présentée par la société AEDES System dans le cadre de l'avis de l'Autorité n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018, la procédure pour obtenir une dérogation à une mesure STOP au bon vouloir des producteurs locaux est arbitraire.
348. Si le gouvernement maintient la possibilité d'accorder un STOP, l'Autorité recommande que **la décision d'obtention ou non d'une dérogation relève du service instructeur, après consultation obligatoire des producteurs locaux.**

4. Sur la méthode de fixation des quotas et de répartition des quotas

349. Il ressort de l’instruction que les observations formulées par l’Autorité dans le cadre de son avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018²²⁴ précité dénonçant diverses imperfections dans la procédure de fixation et d’attribution des quotas de riz se sont avérées généralisées s’agissant de la procédure applicable aux produits non périssables.
350. Certains producteurs locaux, importateurs-grossistes et fédérations professionnelles ont indiqué que la répartition des contingentements entre opérateurs soulève un certain nombre de problèmes, pour partie liés à une mauvaise évaluation des besoins et, pour une autre partie, à des imperfections rédactionnelles des textes en vigueur ayant des effets anticoncurrentiels²²⁵.
351. S’agissant spécifiquement de la problématique de fixation et d’attribution des quotas dans le secteur agricole, l’Autorité renvoie aux recommandations qu’elle a déjà formulées dans le cadre de son avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 sur l’organisation de la filière fruits et légumes²²⁶.

a) Déterminer le niveau des quotas en fonction de la réalité des besoins et de la capacité de la production locale à y répondre

352. S’agissant de l’évaluation des quotas, deux catégories de problèmes sont à distinguer.
353. En premier lieu, lorsqu’il s’agit d’une **nouvelle demande impliquant la création d’une nouvelle sous-position douanière**, il s’avère impossible de déterminer le niveau du quota *a priori*²²⁷. Aussi, l’Autorité recommande dans cette situation de procéder en deux temps :
- dans un premier temps, après avoir procédé à un test de marché et vérifié la faisabilité du contrôle de la nouvelle sous-position douanière par les services de la Direction régionale des douanes de la Nouvelle-Calédonie, **adopter une délibération du congrès procédant à la création de la sous-position douanière** ;
 - dans un second temps, **laisser un délai de six mois à un an entre la création de la nouvelle sous-position douanière et la fixation de la mesure de contingentement** pour évaluer la quantité réelle des importations du produit concerné et la capacité de la production locale à s’y substituer.
354. **A défaut, le gouvernement prendrait un double risque :**

– **en fixant un quota trop bas**, et dans l’hypothèse où la production locale serait insuffisante, il pourrait limiter l’approvisionnement des entreprises calédoniennes incluant dans leur processus de fabrication le produit en question, réduisant ainsi le niveau d’activité économique globale sur le territoire ; S’agissant d’un produit fini, il pourrait limiter la satisfaction des besoins des consommateurs calédoniens et alimenter un sentiment dégradé de leur part vis-à-vis de la production locale. L’Autorité souligne que cet effet pervers vaut aussi, de manière encore plus accentuée, dans le cas de l’introduction d’un STOP sur une nouvelle sous-position douanière ;

²²⁴ ACNC, avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018 sur le projet d’arrêté du gouvernement portant modification de l’arrêté n° 2012-1291/GNC du 5 juin 2012 : https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis_2018-a-03_prix_du_riz.pdf.

²²⁵ Délibération modifiée n° 252 du 28 décembre 2006 et de son arrêté modifié n° 2007-889/GNC du 1^{er} mars 2007 relatif à l’application des mesures de protection de marché en Nouvelle-Calédonie.

²²⁶ ACNC, avis n° 2018-A-04 relatif à l’organisation de la filière fruits et légumes : <https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis-18-a-04.pdf>.

²²⁷ Voir par exemple les cas Metal industrie, Boniface ACMA, 3P et TFL Socalait.

– **en fixant un quota trop haut** par rapport aux besoins réels du marché, la protection de marché accordée n'aurait pas l'effet escompté.

355. En second lieu, lorsqu'il s'agit d'un **quota attribué de longue date**, il conviendrait de procéder à une **réévaluation régulière** de son niveau afin de prendre en considération les besoins réels du marché et la capacité effective de la production locale pour y répondre.
356. L'exemple des quotas de riz est ici patent. En effet, comme l'a démontré l'Autorité, alors que la population calédonienne a augmenté de 38 % entre 1998 et 2018, le niveau des quotas de riz (riz long et riz rond), fixé en 1998, n'a jamais été réévalué. Outre le fait que cette mesure n'a pas permis au producteur local de répondre à cet accroissement de demande (ses volumes n'ayant augmenté « que » de 26 %), elle a directement eu pour effet de réduire le bien-être des consommateurs calédoniens, très consommateurs de riz. Le prix du riz étant réglementé, cette situation n'a pas conduit à une augmentation du prix du riz local protégé mais a limité la concurrence par les prix et les mérites qu'aurait pu jouer l'importation de riz supplémentaire sur la période considérée. Or, l'instruction du présent avis a confirmé que les quotas, une fois fixés, ne font l'objet d'aucune réévaluation à l'initiative de l'administration, d'autant plus que la DAE n'exerce plus de veille concurrentielle depuis 2014.
357. L'Autorité recommande donc au gouvernement de **se laisser la possibilité de procéder à une réévaluation annuelle du niveau du quota, après avoir obligatoirement recueilli les observations des producteurs locaux, et a minima de prévoir une clause de rendez-vous à mi-parcours de la durée pour laquelle la protection a été accordée.**

b) Favoriser la concurrence entre les acteurs locaux lors de la répartition des quotas

358. **S'agissant de la problématique spécifique de répartition des quotas dans le secteur agricole**, l'Autorité renvoie aux recommandations qu'elle a déjà formulées dans ses avis n° 2018-A-01 relatif à la création de l'Agence rurale et n° 2018-A-04 relatif à l'organisation de la filière fruits et légumes.
359. **S'agissant des produits non périssables soumis à quotas**, l'instruction du présent avis a confirmé les craintes exprimées par l'Autorité dans son avis sur le prix du riz précité²²⁸ selon lesquelles la répartition des quotas entre les différents opérateurs locaux n'est ni transparente ni de nature à favoriser la concurrence et la baisse des prix.
360. En effet, dans le système actuel chaque opérateur dispose d'un quota en fonction de celui obtenu l'année précédente et de son utilisation. De plus, le système est particulièrement défavorable aux nouveaux entrants puisque seulement 10 % du quota annuel peut leur être attribué. Enfin, le dispositif n'est pas transparent. **Ce mode d'attribution des quotas contribue donc à figer le marché et est critiqué par les fabricants locaux eux-mêmes.**
361. La société Riz de St Vincent (rizerie, minoterie, provenderie) précise à propos de la répartition des quotas actuels : *« Ces contingents doivent être discutés en toute transparence tandis que les modalités d'octroi doivent être traitées par une entité neutre (hors gouvernement, industriels et importateurs qui sont de partie pris). De plus, les quotas d'importation pourraient, pour partie et en plus de la concurrence importation/production locale, être dédiés*

²²⁸ ACNC, avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018 sur le projet d'arrêté du gouvernement portant modification de l'arrêté n° 2012-1291/GNC du 5 juin 2012 : https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis_2018-a-03_prix_du_riz.pdf.

aux marchés de niche, permettant au consommateur calédonien de disposer d'un panel plus large dans sa consommation »²²⁹.

362. De même, la société Goodman Fielder (producteur et importateur de produits alimentaires) indique : « *L'attribution de quotas n'est pas très claire et demande une refonte. Une nouvelle société se voit attribuer des volumes beaucoup trop bas* »²³⁰.
363. La société Tennessee Farm Laiterie (producteur de yaourts, de glaces et de chocolat) estime qu'« *Il est nécessaire de clarifier la règle d'octroi de ces quotas et de préciser les bénéficiaires de ces quotas* »²³¹.
364. Dans l'hypothèse où des quotas d'importation devraient être maintenus, il serait donc pertinent de définir une **procédure d'octroi des contingents d'importation plus transparente et plus favorable à la concurrence entre importateurs (qu'ils soient grossistes ou non)**.
365. En premier lieu, il convient de supprimer la formule actuelle prévue par l'article 9 de la délibération n° 252 et d'introduire la possibilité de **répartir les quotas selon deux méthodes alternatives ou cumulatives :**

– **soit par l'instauration d'un système d'attribution de licence sur la base d'appel d'offres :** dans ce système, le gouvernement pourrait proposer de répartir les quotas sur la base de critères de prix et/ou de qualité et/ou de « niches », soit globalement, soit par lots aux différents opérateurs sur le marché, lesquels seraient sélectionnés en fonction de l'offre la plus avantageuse. A titre d'exemple, l'Autorité a déjà proposé au gouvernement d'ouvrir de nouveaux quotas de riz attribués sous appel d'offres selon un cahier des charges de prix et de qualité au bénéfice du consommateur calédonien (riz long blanchi vendu au détail susceptible d'être vendu à moins de 100 F. CFP/kg par exemple).

– **soit par l'introduction d'une nouvelle formule de répartition** qui pourrait être fondée sur les principes suivants :

- **donner la priorité aux nouveaux entrants** pour demander des quotas dans un calendrier donné à hauteur de **25 % du quota global** (possibilité de répartir ce volume entre les nouveaux entrants sur la base d'appel d'offres) ;
- si à l'expiration de la date fixée pour formuler sa demande, une partie du « quota à la réserve » n'est pas utilisée, **basculer le reliquat dans le quota global** ;
- puis **répartir le quota global en tenant compte d'un critère lié à la part de la production locale distribuée ou commercialisée par l'importateur l'année n-1** pour favoriser la logique de « filière » et ne pas pénaliser les grossistes-importateurs qui « joueraient le jeu » comme l'a souligné en séance le représentant de la SCET **et d'un critère lié au quota réellement consommé / quota attribué pour l'année n-1** pour éviter les risques d'assèchement artificiel des quotas (non consommation des quotas demandés).

366. Sur ce point, l'Autorité métropolitaine²³², tout en privilégiant le recours à des tarifs douaniers, avait également préconisé la mise en place d'un système de licences attribuées sur la base d'appels d'offres renouvelés de manière régulière « *permettant d'une part, de les attribuer aux*

²²⁹ Voir la réponse au questionnaire de la société Riz de St Vincent, juillet 2018.

²³⁰ Voir la réponse au questionnaire de la société Goodman Fielder, juillet 2018.

²³¹ Voir la réponse au questionnaire de la société Tennessee Farm Laiterie, juillet 2018.

²³² Voir le point 181 du rapport de l'Autorité métropolitaine sur la Nouvelle-Calédonie.

opérateurs les plus efficaces, d'autre part de transférer au gouvernement de Nouvelle-Calédonie une partie de la rente qu'en tirent les importateurs ». Elle avait relevé qu'« *en pratique, cependant, la petite taille des marchés et des quotas effectivement concernés rendrait une telle procédure couteuse. Pour des marchés de petite taille, le recours à des tarifs douaniers apparaît donc nettement préférable* »²³³. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie partage cette observation.

367. Enfin, pour améliorer la transparence du dispositif, l'Autorité invite le gouvernement à **publier sur le site internet de la DAE ou de la DRDNC les volumes de quotas attribués à chaque opérateur ainsi que les volumes réellement consommés l'année n-1.**

c) Interdire les effets d'aubaine dans les groupes congloméraux

368. Comme l'a déjà souligné l'Autorité dans le cadre de son avis du 11 juin 2018 précité sur le prix du riz, la notion d'« opérateur » n'étant pas définie juridiquement, il apparaît un dysfonctionnement quant à l'attribution des « quotas à la réserve », lesquels sont censés être répartis entre des nouveaux entrants à hauteur de 10 % du quota annuel d'importation.
369. En effet, la DRDNC a souligné que, « *dans le cadre d'un groupe qui compte de nombreuses enseignes et donc RIDET, il est possible de demander un quota à la réserve pour chacune d'elles. Pour exemple, un groupe qui disposerait de 8 enseignes, aurait pu demander au titre de 2017, 8 quotas de riz à la réserve de 6 tonnes chacun ce qui donne un total de 48 tonnes soit 2 conteneurs de riz* »²³⁴. Par ce biais, un groupe d'entreprises peut « assécher » artificiellement le volume des quotas réservé à de véritables nouveaux concurrents sur le marché, traduisant un effet d'éviction à leur égard.
370. Ce risque est d'autant plus important lorsqu'au sein du groupe, une des filiales est producteur ou transformateur local. En effet, si la délibération prévoit qu'« *une entreprise ne peut pas être attributaire d'un quota pour les produits qu'elle fabrique et qui bénéficient d'une mesure de protection dans le cadre du programme des importations* », cela n'empêche pas pour autant qu'au sein du groupe auquel elle appartient, d'autres filiales puissent importer des produits concurrents à ceux du producteur local.
371. Il a également été souligné que la part des « historiques » dans l'attribution des quotas individuels diminue dans la mesure où le contingent annuel reste le même alors que le nombre de demandeurs de quotas à la réserve augmenterait parfois artificiellement du fait de la création d'établissement disposant d'un numéro au RIDET. Or, la réduction artificielle des volumes d'importation accordés aux importateurs-grossistes historiques peut conduire à un renchérissement du fret faute de pouvoir commander suffisamment pour remplir un conteneur.
372. Enfin, la délibération précitée ne conditionne pas la possibilité pour un opérateur d'accéder ou non au contingentement au regard de son activité sur le marché. Il s'ensuit que toute entreprise peut prétendre au quota à la réserve (lorsque c'est la première année qu'elle sollicite le quota) ou au quota traditionnel (si elle avait déjà accès au quota l'année précédente) même si le produit qu'elle importe n'a aucun rapport avec son activité (l'exemple de l'importation de riz par la société Unipharma ou Café Mélanésien est typique) et même si elle n'utilise pas le quota qu'elle aurait obtenu. Par ce biais, d'autres entreprises, pourtant spécialisées dans la distribution en gros ou au détail dudit produit peuvent se voir évincer de l'attribution du quota s'il est épuisé. A l'inverse, si au sein du groupe, l'une des filiales exerce une activité de grossiste, elle peut accroître ses importations grâce à ses entreprises-sœurs par le biais de cessions intragroupe. Sur

²³³ Ibid.

²³⁴ DRDNC, « *Etat de l'utilisation des quotas sur les années 2016 et 2017* ».

ce point, l'Autorité a été alertée à plusieurs reprises du fait que si les quotas individuels sont en principe incessibles, les cessions intragroupes (voire intergroupes) étaient courantes.

373. Aussi, pour éviter les effets d'aubaine dans les groupes congloméraux, l'Autorité propose au gouvernement :

– d'interdire à toute entreprise appartenant à un groupe dans lequel une des filiales est producteur local et bénéficie d'une protection, d'être attributaire d'un quota ;

– d'interdire à toute entreprise d'être attributaire de quotas pour les produits ne rentrant pas dans la définition de son activité principale ou secondaire.

5. Sur le suivi des engagements proposés par l'entreprise ou la filière en contrepartie de la protection de marché et leur suivi

374. Une fois la protection de marché attribuée à l'entreprise en cause, les engagements pris par cette dernière devraient faire l'objet d'un suivi régulier et pouvoir donner lieu à des sanctions en cas de non-respect, comme dans le cadre des opérations de concentration donnant lieu à des engagements.

a) Confier le contrôle de la mise en œuvre des engagements au service ayant instruit la demande de protection de marché

375. **Le suivi des engagements pris serait de la compétence du service d'instruction de la demande**, en l'espèce, soit l'Autorité, soit la DAE, laquelle serait responsable d'en assurer la bonne exécution. Elle apprécierait le respect des engagements pris sur la base d'un rapport transmis annuellement par l'entreprise bénéficiaire de la mesure de protection. Une version non-confidentielle des engagements souscrits serait publiée sur internet, permettant ainsi aux tiers d'alerter le service compétent en cas de non-respect d'un engagement.

b) Sanctionner le non-respect des engagements pris en allant jusqu'à la suppression de la mesure de protection de marché

376. Après examen du dossier et audition de l'entreprise en cause, si le non-respect des engagements était caractérisé, une procédure de sanction pourrait être mise en place.

377. Si l'Autorité est chargée de l'instruction de la demande et du suivi des engagements, cette procédure pourrait être identique à celle applicable pour le suivi des engagements en concentration.

378. Si la DAE est compétente pour instruire la demande de protection, elle devrait l'être également pour assurer le suivi des engagements. Dans ce cadre, après instruction de la DAE, il pourrait être prévu une procédure de saisine obligatoire pour avis de l'Autorité sur ce non-respect afin de garantir les droits de la défense de l'entreprise concernée dans le cadre d'une procédure contradictoire indépendante. Dans cette hypothèse, l'Autorité devrait pouvoir statuer dans un délai de trois mois.

379. En cas d'inexécution avérée et constatée d'un engagement par l'Autorité, le gouvernement devrait pouvoir **enjoindre à l'entreprise concernée d'exécuter ses engagements sous astreinte**.

380. Lorsque la mesure de protection de marché ne bénéficie qu'à **un seul opérateur** sur le marché, le gouvernement devrait pouvoir **supprimer la mesure à titre de sanction** s'il estime que l'injonction ne sera pas efficace.
381. Lorsque la mesure de protection de marché bénéficie à **plusieurs opérateurs** sur le marché local mais qu'un seul d'entre eux ne respectent pas les engagements qui auraient été mis à sa charge, le gouvernement pourrait avoir le **choix de prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre du seul contrevenant et/ou retirer de manière automatique le bénéfice de la mesure de protection de marché**. La sanction pécuniaire serait individualisée et modulée en fonction de la situation de l'entreprise et la gravité du manquement constaté tandis que le retrait de la mesure de protection vaudrait pour l'ensemble du secteur d'activité.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Charlotte Ivami et M. Loic Rochas, rapporteurs et l'intervention de Mme Virginie Cramésnil de Laleu, rapporteure générale, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente et MM. Jean-Michel Stoltz, vice-président et MM. Robin Simpson et Matthieu Buchberger, membres.

La secrétaire de séance,

La Présidente,



Marie-Christine Marzin

Aurélie Zoude-Le Berre

Récapitulatif des recommandations

Considérant la volonté du gouvernement de moderniser la réglementation des protections de marché en vigueur et compte tenu de leurs effets anticoncurrentiels, l'Autorité préconise de **n'utiliser ce dispositif qu'en « ultime recours » pour parvenir à l'objectif de progrès économique qu'il poursuit**. Elle souligne qu'il existe une graduation possible dans le choix des protections de marché en fonction de l'intensité de la concurrence sur les marchés locaux. Elle préconise donc de rechercher, **pour chaque cas**, si d'autres mesures de soutien public ne peuvent pas être privilégiées pour atteindre l'objectif poursuivi et, dans la négative, de **retenir la mesure de protection la moins attentatoire à la libre concurrence si les critères d'octroi sont réunis**.

Dans ce contexte, l'Autorité formule les recommandations suivantes :

1. Sur la nature et les conditions d'octroi d'une protection de marché

1.1. Limiter l'instauration de restrictions à l'importation au champ des dérogations prévues par l'accord GATT/OMC et maintenir le principe de non-cumul des barrières tarifaires et quantitatives

☞ Limiter l'instauration de mesures restrictives à l'importation de nature quantitative ou tarifaire au champ des dérogations prévues par les accords GATT/OMC, et notamment celles relevant de la protection de la santé ou de l'environnement ou celles qui s'avèrent nécessaires pour l'application de normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international.

☞ Maintenir le principe de non-cumul des barrières quantitatives et tarifaires sur un même produit conformément à l'accord d'association UE/ PTOM

1.2. Des objectifs à préciser et des conditions d'octroi visant la réalisation d'un progrès économique qui pourraient s'inspirer du dispositif prévu à l'article Lp. 421-4 du code de commerce

☞ inscrire explicitement dans le projet de loi le fait que la protection de marché ainsi accordée doit contribuer à la « création d'emploi » et à la structuration des filières de production.

☞ Apprécier l'opportunité d'une mesure de protection de marché en se référant à la grille d'analyse mentionnée à l'article Lp. 421-4 du code de commerce et donc modifier la réglementation pour prévoir que : « La mise en place d'une mesure de protection de marché doit permettre d'assurer un progrès économique et réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ».

☞ Solliciter du demandeur qu'il démontre que les quatre conditions posées par cette disposition sont cumulativement remplies : 1) la mesure de protection de marché contribue directement au « progrès économique » ; 2) elle réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte ; 3) elle ne permet pas aux entreprises du secteur protégé d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés ; 4) elle est indispensable pour parvenir au progrès économique attendu.

1.3 Privilégier systématiquement les mesures normatives ou tarifaires aux mesures quantitatives

☞ Maintenir dans une future loi du pays le caractère alternatif des mesures quantitatives et des mesures tarifaires afin de se conformer à l'accord d'association PTOM/UE et d'écarter un risque d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre

☞ S'engager dans une « revue générale des protections de marché » destinée à supprimer ou transformer les mesures quantitatives en mesures tarifaires dès lors que leur maintien ne s'avère plus pertinent

☞ Engager en priorité une révision des protections de marché accordées aux produits de première nécessité, en particulier dans le contexte actuel de lutte contre la vie chère, et les supprimer progressivement si elles n'ont pas permis une baisse des prix

➡ Transformer les restrictions quantitatives en restrictions tarifaires pour des marchés de taille réduite, et pour les marchés plus importants, procéder, pendant une période transitoire, à des appels d'offres pour l'attribution des quotas en supprimant progressivement les interdictions d'importation non justifiées

1.4 Mettre à la charge du demandeur la démonstration de la pertinence de la mesure de protection demandée et des gains d'efficience attendus

➡ Imposer au demandeur de la protection de marché de justifier que la mesure de protection de marché va produire des gains d'efficience quantifiables et vérifiables

➡ Imposer au demandeur ayant la qualité de « transformateur » de démontrer que son activité présente un taux d'ouvraison suffisant et saisir pour avis la Direction des douanes et le comité des productions locales (à rétablir)

➡ Imposer au demandeur de décrire le marché pertinent afin que le service instructeur puisse rapidement procéder à un « test de marché » auprès des tiers intéressés

1.4 Imposer au demandeur de présenter, au dépôt de la demande, des engagements quantifiables et vérifiables, spécifiques à la demande de protection de marché qui réservent à la filière locale et aux consommateurs une partie équitable du profit résultant de la protection

➡ A la place des contrats de performance, introduire à l'instar de la procédure de contrôle des concentrations, une disposition exigeant dès le dépôt de la demande de protection de marché, des engagements structurels ou comportementaux de la part du demandeur, pour la durée de la protection accordée, lesquels seraient constatés par arrêté

➡ Prévoir dans la loi du pays une disposition selon laquelle « le demandeur prend toute mesure propre à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être des consommateurs liées à la mesure de protection demandée. »,

➡ Préciser dans la loi du pays que les engagements doivent être 1) efficaces, c'est-à-dire qu'ils permettent effectivement de compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être du consommateur ; 2) quantifiables et vérifiables ; 3) spécifiques à la demande de protection de marché et 4) rapides à mettre en œuvre

2. Sur la durée d'une protection de marché et son renouvellement

2.1 Inscrire le caractère temporaire de la protection de marché sans fixer de durée légale

➡ Ne pas fixer de durée légale mais consacrer le caractère temporaire de la protection de marché accordée en privilégiant un examen au cas par cas, la durée actuelle de 5 ans n'étant pas toujours adaptée

➡ Faire correspondre la durée des engagements susceptibles d'être pris sur la durée de la protection accordée

2.2 Interdire le renouvellement automatique de la protection de marché en faisant peser la charge de la preuve de sa nécessité sur l'entreprise ou la filière

➡ Exclure le renouvellement tacite, une protection de marché étant par principe temporaire

➡ Concernant la nécessité de renouveler la protection, faire peser la charge de la preuve de sa nécessité exclusivement sur le demandeur

➡ Prévoir une caducité automatique de la mesure de protection à l'issue du délai pour lequel elle a été initialement accordée

➡ Traiter la demande de renouvellement selon la même procédure qu'une demande de protection initiale avec des exigences supplémentaires tenant à l'évaluation de l'efficacité de la mesure de protection accordée à l'origine

2.3 Autoriser l'entreprise, la filière ou l'administration à demander une réévaluation du niveau du contingentement ou de la barrière tarifaire

➡ Permettre de réviser le niveau de la protection de marché accordée afin de pouvoir tenir compte de l'évolution du marché ou de la survenance d'un événement exceptionnel (suspendre la mesure de protection en cas d'événement exceptionnel ou la supprimer si les motifs qui ont conduit à son attribution ont disparu)

➡ Rétablir la mission de veille économique de la DAE

3. Sur la procédure d'instruction des demandes de protection

➡ encadrer l'instruction de la demande sur le modèle de la procédure de contrôle des concentrations,

3.1 La procédure en cas de demande d'une protection quantitative

➡ Privilégier l'une des deux procédures suivantes :

– soit, considérer que la mesure impacte la concurrence et confier en conséquence à l'ACNC l'examen de la demande, de son dépôt jusqu'à la décision, en laissant la possibilité au gouvernement d'évoquer la décision de l'Autorité pour d'autres motifs précis

– soit, considérer que l'attribution de la protection répond à des considérations de politique économique qui dépassent la mission de l'Autorité et confier l'instruction de la demande à la DAE, en maintenant une consultation obligatoire de l'ACNC selon une procédure renouvelée plus efficiente et transparente :

- ✓ publication d'un communiqué au dépôt officiel de la demande de protection,
- ✓ dès réception complète du dossier, le transmettre pour information à l'Autorité
- ✓ maintien du COMEX sous réserve d'une modification de sa composition pour une meilleure représentativité des acteurs économiques, qui rendrait, après un vote secret, un avis simple et motivé au gouvernement, ayant vocation à être rendu public
- ✓ adoption par le gouvernement d'un projet d'arrêté transmis pour avis à l'Autorité avec un dossier complet et un délai raisonnable qui ne serait pas inférieur à 40 jours

3.2 La procédure en cas de demande d'une protection impactant les recettes fiscales

➡ Solliciter l'autorisation du congrès pour une demande de protection impactant les recettes fiscales ou un projet de transformation d'une barrière tarifaire en barrière quantitative

➡ A défaut, informer *a minima* la commission de la législation et de la réglementation économique et fiscale de la protection demandée en lui présentant une étude d'impact sur les recettes fiscales

3.3. La nécessaire réforme de la procédure d'obtention des dérogations

➡ confier la décision d'obtention ou non d'une dérogation au service instructeur, après consultation obligatoire des producteurs locaux pour avis simple.

4. Sur la méthode de fixation des quotas et de répartition des quotas

4.1 Déterminer le niveau des quotas en fonction de la réalité des besoins et de la capacité de la production locale à y répondre

➡ Cas n° 1 : Face à une nouvelle demande impliquant la création d'une nouvelle sous-position douanière, l'Autorité recommande de procéder en deux temps : 1) après un test de marché et avoir vérifié la faisabilité du contrôle de la nouvelle sous position douanière, adopter une délibération du congrès procédant à la création de la sous-position douanière ; 2) laisser un délai de six mois à un an entre la création de la nouvelle sous-position douanière et la fixation de la mesure de contingentement pour

évaluer la quantité réelle des importations du produit concerné et la capacité de la production locale à s'y substituer

➡ Cas n° 2 : Lorsqu'il s'agit d'un quota attribué de longue date, procéder à une réévaluation régulière de son niveau afin de prendre en considération les besoins réels du marché et la capacité effective de la production locale pour y répondre

➡ Maintenir la possibilité de procéder à une réévaluation annuelle du niveau du quota, après avoir obligatoirement recueilli les observations des producteurs locaux, et *a minima* prévoir une clause de rendez-vous à mi-parcours de la durée pour laquelle la protection a été accordée

4.2 Favoriser la concurrence entre les acteurs locaux lors de la répartition des quotas

➡ Définir une procédure d'octroi des contingents d'importations plus transparente et plus favorable à la concurrence entre importateurs (qu'ils soient grossistes ou non)

➡ Définir une nouvelle méthode de répartition des quotas avec deux méthodes alternatives ou cumulatives : soit par l'instauration d'un système d'attribution de licence sur la base d'appel d'offres, soit par l'introduction d'une nouvelle formule de répartition (1. priorité donnée aux nouveaux entrants pour demander des quotas dans un calendrier donné à hauteur de 25 % du quota global ; 2. reliquat non utilisé basculé dans le quota global ; 3. Répartition du quota global en tenant compte d'un critère lié à la part de la production locale distribuée ou commercialisée par l'importateur l'année n-1 et d'un critère lié au quota réellement consommé / quota attribué pour l'année n-1.)

➡ Publier sur le site internet de la DAE ou de la DRDNC les volumes de quotas attribués à chaque opérateur ainsi que les volumes réellement consommés l'année n-1

4.3 Interdire les effets d'aubaine dans les groupes congloméraux

➡ Interdire à toute entreprise appartenant à un groupe dans lequel une des filiales est producteur local et bénéficie d'une protection, d'être attributaire d'un quota

5. Sur le suivi des engagements proposés par l'entreprise ou la filière en contrepartie de la protection de marché et leur suivi

5.1 Confier le contrôle de la mise en œuvre des engagements au service ayant instruit la demande de protection de marché

➡ Confier un suivi des engagements régulier au service d'instruction des demandes (ACNC ou DAE) qui apprécierait leur bonne exécution sur la base d'un rapport transmis annuellement par l'entreprise bénéficiaire de la mesure de protection

➡ Publier sur internet une version non-confidentielle des engagements souscrits permettant ainsi aux tiers d'alerter le service compétent en cas de non-respect d'un engagement

5.2 Sanctionner le non-respect des engagements pris en allant jusqu'à la suppression de la mesure de protection de marché

➡ Si l'Autorité est chargée de l'instruction et du suivi des engagements : mettre en place une procédure d'instruction similaire à celle applicable aux concentrations en cas de non-respect des engagements

➡ Si la DAE est chargée de l'instruction et du suivi des engagements, prévoir une saisine obligatoire de l'Autorité pour avis fondée sur une procédure contradictoire. L'avis de l'Autorité serait rendu dans un délai de trois mois à compter de la saisine.

➡ S'agissant de la nature des sanctions, prévoir lorsqu'un opérateur est seul sur le marché de supprimer la protection à titre de sanction, et lorsque plusieurs entreprises bénéficient de la mesure, d'appliquer une sanction pécuniaire à la seule entreprise fautive ou de procéder au retrait automatique du bénéfice de la mesure de protection pour l'ensemble du secteur.