



HAL
open science

Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence

Florent Venayre

► To cite this version:

Florent Venayre. Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence. *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2017, 29, pp.5-15. hal-01582470

HAL Id: hal-01582470

<https://hal.science/hal-01582470>

Submitted on 6 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie :

Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2017, « Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 29, n° 2017/1, pp 5-15.)

Durant toute la seconde partie du XX^e siècle, le droit économique calédonien s'est incarné dans un interventionnisme réglementaire se traduisant notamment par un large contrôle des prix, sans référence aux dispositions habituellement prises pour favoriser les mécanismes concurrentiels de marché. Le début des années 2000 va cependant constituer le début d'un renouveau, à la fois en consacrant un principe général de liberté tarifaire et en introduisant explicitement en droit calédonien la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Mais en dépit de ces avancées juridiques certaines, la délibération adoptée le 6 octobre 2004 demeure pour le reste de sa rédaction encore très des conceptions relevant plus du droit commercial ou du droit de la consommation que d'un réel droit de la concurrence. Surtout, la décennie qui va suivre son adoption va être émaillée de réintroductions de contrôles tarifaires venant annihiler les effets potentiellement bénéfiques d'une libération des prix, tandis que, parallèlement, aucune action ne sera conduite dans les faits pour réprimer les pratiques anticoncurrentielles nouvellement interdites. Paradoxalement, ce sont sans doute ces inefficacités qui vont attiser le désir de modifications plus radicales du droit calédonien et conduire progressivement à l'adoption d'un véritable droit local de la concurrence en 2013.

During the second half of the 20th century, Caledonian economic law was embodied in a regulatory interventionism resulting mainly in broad price control with no reference to any measure usually taken in view of promoting competitive market mechanisms. The early 2000s constitute the beginning of a renewal with the establishment of a general pricing principle and the clear introduction in Caledonian law of the prohibition of trade agreements as well as abuse of dominance. However, despite a considerable legal breakthrough, the terms of October 6th, 2004 deliberation are still strongly influenced by concepts of law pertaining more to commercial or consumption law than to a real competition law. Above all, on the one hand the decade following the legislation has been riddled with reintroductions of tariff controls, thus annihilating potential benefits of price deregulation while, on the other hand, no real action was taken to repress anti-competitive behaviours. Ironically, such inefficiencies have most probably fueled the wish for more radical modifications of Caledonian law and progressively led to the introduction in 2013 of a real local competition law.

* Maître de conférences HDR en sciences économiques, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française et LAMETA UMR 5474, Université de Montpellier.

Le droit économique calédonien se caractérise depuis toujours par un rôle prépondérant de la puissance publique dans la vie des marchés et une méfiance intrinsèque à l'égard du fonctionnement naturel de ces derniers. L'encadrement des prix, de même que les mesures réglementaires diverses sont rapidement apparus comme les fondements du système économique calédonien, occultant très largement la notion même de concurrence. Ce n'est que vers la fin du XX^e siècle que les premiers débats apparaissent à cet égard, mais dans une importante confusion et sans qu'il y soit immédiatement donné suite dans les textes juridiques ou réglementaires¹.

Le début des années 2000 va progressivement marquer un changement important de cette conception de l'économie calédonienne. Le premier tournant est à cet égard permis par l'adoption de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004². Certes, il ne s'agit pas encore d'une révolution, et le texte reste encore bien loin de ce qu'est un droit de la concurrence effectif et efficace, mais à l'aune des habitudes ancrées, il contient quelques dispositions qui constituent un premier pas vers une modernisation des règles en vigueur (1.). Pourtant, cette avancée reste limitée et les premiers éléments pro-concurrentiels qu'on observe sont noyés dans un texte qui demeure globalement encore très réglementaire et sous l'influence du « petit droit » de la concurrence (2.). Pour autant, ce texte va infléchir progressivement et de façon inattendue la vie économique calédonienne. Après des rebondissements s'étendant sur une dizaine d'années, l'adoption d'un droit de la concurrence complet et cohérent, propre au territoire calédonien et constituant, cette fois, un réel virage en matière de gouvernance économique va enfin voir le jour (3.).

1. Un premier pas vers la modernisation du droit économique

Même si la délibération du 6 octobre 2004 recèle encore de nombreux aspects qui sont directement hérités du passé de la vie des affaires calédoniennes, et sur lesquels nous allons revenir dans le point suivant, elle marque cependant, à deux égards, un nouvel infléchissement de l'action de la puissance publique en matière de concurrence et un premier pas, même s'il est encore modeste, vers la modernisation de la vie économique calédonienne.

Le premier élément notable est la distance qui est officiellement prise à l'égard du contrôle des prix. Le titre I de la délibération instaure en effet un principe général de non réglementation des prix, ce qui tranche avec le fonctionnement précédent de la politique

¹ Sur tous ces aspects historiques concernant l'évolution du droit économique calédonien, voir le premier volet de ce travail publié dans le précédent numéro de cette revue : Venayre F., 2016, « Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 28, n° 2016/2, pp. 28-37.

² Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.

économique calédonienne³. Son article 2 indique ainsi que « *les prix des biens, produits et services marchands sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Cette règle s'applique à tous les stades, de la production à la distribution* » et il suspend en conséquence un certain nombre de régimes spécifiques de prix. Ce sont ainsi treize arrêtés ou délibérations qui sont concernés, les produits affectés étant aussi bien importés que transformés localement, qu'il s'agisse de boissons, fruits et légumes, œufs, places de cinéma, services de coiffure... Le préalable à l'instauration de règles concurrentielles efficaces, qu'est la liberté tarifaire, semble ainsi enfin mis en œuvre en Nouvelle-Calédonie par la délibération de 2004⁴.

Le second aspect qui marque un infléchissement de la politique en matière de concurrence est l'introduction, pour la première fois en matière de réglementation économique calédonienne, de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Ces interdictions, formulées respectivement par les articles 68 et 69 de la délibération, sont édictées en termes assez classiques, repris du droit national. Ainsi, l'article 68 interdit par objet ou par effet un ensemble de pratiques de conception assez large (« *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions entre professionnels* ») qui viseraient à empêcher, restreindre ou fausser le jeu concurrentiel⁵. Les exemples retenus – non exhaustifs – sont eux aussi les mêmes qu'en droit français : « *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; limiter ou contrôler la production, les débouchés ou le progrès technique ; répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ». Si l'interdiction de l'abus de position dominante (et de celui de l'état de dépendance économique) conserve elle aussi le même esprit que celui du texte français, la rédaction de l'article 69 de la délibération calédonienne a cependant été légèrement modifiée. Le législateur calédonien a en effet souhaité proposer une liste d'exemples de pratiques prohibées communes à ces deux formes d'abus, alors que le texte français les distingue, impliquant certaines répétitions⁶. On retrouve ainsi citées, de manière là aussi non exhaustive, les pratiques de refus de vente, de ventes liées, de conditions de ventes discriminatoires ou encore de rupture de relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. On notera que les accords de gamme, qui ont été introduits en droit français dans cette liste postérieurement à l'adoption de la délibération calédonienne de 2004, ne sont donc pas repris en droit calédonien⁷.

La délibération de 2004, sur les deux aspects qui viennent d'être évoqués, traduit donc une volonté de moderniser la réglementation économique calédonienne, et notamment en

³ Voir le premier volet de cette étude : Venayre F., 2016, « Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence », *op. cit.*

⁴ Sur cette question du préalable de la liberté des prix, voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles, Tahiti, pp. 174-178. Nous allons voir que, concernant la situation calédonienne, les choses vont s'avérer plus complexes qu'attendues.

⁵ On retrouve ici la rédaction de l'article L. 420-1 du code de commerce français.

⁶ Voir l'article L. 420-2 du code de commerce français.

⁷ Les accords de gamme ont été introduits dans l'article L. 420-2 du code de commerce français par l'article 40 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. L'actuel article LP. 421-2 du code de commerce calédonien, qui reprend cette interdiction des abus de position dominante et de l'état de dépendance économique, ne réfère toujours pas explicitement aux accords de gamme.

introduisant des dispositions relevant du droit de la concurrence⁸, ce qui n'était pas le cas auparavant. La commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales avait souligné, dans son rapport de 2004 qu'une adaptation du droit calédonien était indispensable : « *Les mutations qu'a connues le secteur du commerce et de l'industrie en Nouvelle-Calédonie, notamment ces quinze dernières années, rendent nécessaire une adaptation de la réglementation économique* »⁹. Le Conseil économique et social avait repris la même idée quant à l'objet de la saisine, dans son avis préalable¹⁰ : « *A l'heure où la Chine s'éveille et s'ouvre au monde, englobée au sein de la zone Asie-Pacifique, la Nouvelle-Calédonie, troisième producteur mondial de nickel joue un rôle prépondérant dans cet environnement industriel. Depuis une quinzaine d'années, l'économie calédonienne affiche une stabilité et une croissance remarquables. Dans ce contexte de développement accéléré, une révision des normes réglementaires en matière économique s'imposait* »¹¹.

Pour autant, ce mouvement vers un début de modernisation de la vie économique calédonienne ne supprime pas toutes les craintes à l'égard des mécanismes concurrentiels, entretenues par une réglementation historiquement très présente et généralisée. Ainsi, le rapport précité de la Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales indique-t-il : « *Favorable à l'exercice d'une libre concurrence et non d'une concurrence « sauvage », le projet de délibération (...) correspond à l'objectif du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'accompagner la modernisation du marché intérieur, tout en tenant compte des intérêts des consommateurs et des professionnels* »¹² (souligné par nous). On observe ici une certaine réticence face à une forme supposée destructrice de concurrence – la « concurrence sauvage » – qui est fréquente dans les discours des opposants au droit de la concurrence. Cette réticence est plus marquée encore en France ou dans les territoires français¹³, les Français se montrant particulièrement sceptiques à l'égard des bienfaits de l'économie de marché, sans doute en lien avec une tradition étatique forte¹⁴. Comme l'indique Olivier Fréget au sujet de cette question de la méfiance française à

⁸ A comprendre ici dans sa conception classique, par opposition au « petit droit » de la concurrence : voir le premier volet de cette étude : Venayre F., 2016, « Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence », *op. cit.*

⁹ Rapport n° 031 du 2 septembre 2004 de la commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales (voir le compte rendu intégral des débats du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, première et unique séance du mercredi 6 octobre 2004 (matin), publié au *Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC)* du 30 août 2005, p. 127).

¹⁰ En des termes toutefois plus surprenants.

¹¹ Avis du Conseil économique et social n° 06/2004 du 19 mai 2004 relatif au projet de délibération portant réglementation économique.

¹² Voir le *JONC* du 30 août 2005, p. 127. On trouve à la page 159 du même *JONC* une variante lorsqu'il est indiqué que la délibération « *donne à la puissance publique les moyens nécessaires pour éviter les dérèglements d'un libéralisme sauvage* » (souligné par nous).

¹³ L'utilisation de cette expression avait pu être observée également en Polynésie française, lors des débats autour de l'adoption du droit local de la concurrence (voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, *op. cit.*, pp. 174-175).

¹⁴ Une étude de 2006 montrait ainsi que 36 % seulement des Français considéraient que l'économie de marché était le meilleur système pour l'avenir contre, par exemple, 59 % des Italiens, 65 % des Allemands ou des Canadiens, 71 % des Américains, 74 % des Chinois. Sur les 20 pays analysés par l'étude, la France était celui qui montrait le taux d'approbation le plus faible (voir : GlobeScan, 2006, *20 Nation Poll Finds Strong Global Consensus : Support for Free Market System, But Also More Regulation of Large Companies*, in conjunction with the Program on International Policy Attitudes (PIPA) of the University of Maryland, January 11).

l'égard de la concurrence, les détracteurs de la concurrence considèrent que : « *la notion de concurrence décrit seulement le constat désespérant de la lutte inégale entre un fort et un faible dans laquelle le faible sera toujours faible et aura nécessairement le dessous face au fort. Elle signe le renoncement à un monde plus juste, plus égalitaire, plus rationnel. La concurrence est ainsi assimilée à un état de chaos social et d'inorganisation économique. C'est l'un des préjugés de notre méfiance collective. La concurrence serait synonyme de loi de la jungle, c'est-à-dire de l'absence de règle ou encore de la liberté du 'renard libre dans le poulailler libre'* »¹⁵. Pourtant, et bien que ce ne soit pas ici le thème principal de cet article, le droit de la concurrence vise au contraire à édicter un certain nombre de règles permettant d'éviter que tous les comportements – et particulièrement les plus néfastes comme ceux des ententes et des abus de position dominante – puissent être impunément mis en œuvre. Les situations de marché ou les stratégies d'entreprise que l'on peut observer en l'absence du cadre régulateur d'un droit de la concurrence montrent bien les limites de ces critiques des détracteurs de la concurrence. La Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française sont à cet égard des terrains d'étude appropriés qui se sont révélés très informatifs¹⁶.

La phrase extraite du rapport de la Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales met également en exergue un second aspect correspondant au deuxième passage souligné. Il faut voir ici, en plus de la stigmatisation précédente d'une prétendue « concurrence sauvage », une volonté de rassurer les inquiétudes des professionnels à l'égard de la recherche d'une situation qui soit plus favorable aux consommateurs. Compte tenu du passé réglementaire de la Collectivité, cette volonté de prendre en compte conjointement les intérêts des consommateurs et des professionnels semble en effet référer aux abus de tarification qui alimentent souvent les débats calédoniens. Il s'agirait donc alors, sous cette hypothèse, de pointer des marges abusives, issues du pouvoir de marché de certains opérateurs développé par la faiblesse des mécanismes concurrentiels en place et la rigidité induite des positions de marché acquises.

Ce point constitue une réduction assez classique en matière d'opportunité d'un droit de la concurrence : on ne s'intéresse en effet ici qu'au partage de bien-être¹⁷ qui peut exister entre consommateurs et entreprises en place sur le marché, mais l'on ne tient pas compte des effets dynamiques du côté de la production. Or, favoriser la concurrence, c'est également favoriser l'implantation de nouvelles entreprises, de nouveaux opérateurs qui, certes, remettront en question les avantages acquis des firmes historiques, mais qui généreront

¹⁵ Fréget O., 2015, *La concurrence, une idée toujours neuve en Europe et en France*, Odile Jacob, p. 11. On notera que la sauvagerie évoquée plus haut est ici traduite par une « loi de la jungle », expression également souvent utilisée dans les débats sur la concurrence.

¹⁶ Venayre F., 2013, « Interventionnisme public et développement économique des collectivités d'outre-mer françaises du Pacifique Sud », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 22, pp. 42-52 ; Montet C. et Venayre F., 2012, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47 ; Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « La gouvernance du système économique polynésien en question – Comment protection et absence de concurrence obèrent la croissance », in A. Angelo & Y.-L. Sage (eds), *Gouvernance et autonomie dans les sociétés du Pacifique Sud : Etudes comparées – Governance and Self-reliance in Pacific Island Societies : Comparative Studies*, *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Hors-Série n° X, pp. 313-343.

¹⁷ A comprendre ici comme le surplus économique des différents acteurs du marché.

également leurs propres emplois, de la richesse supplémentaire et de nouveaux services pour les consommateurs. L'essor de la concurrence favorise ainsi, globalement, la diversité des produits, l'accroissement de leur qualité et des prix et marges plus contraints. On voit ici que cette dimension semble être occultée en se contentant d'une opposition assez statique entre entreprises déjà installées et consommateurs potentiellement victimes d'une recherche de rente¹⁸.

Le rapport de la Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales souligne donc, par le passage précédemment exposé, que la volonté d'une forme d'équilibre entre consommateurs et professionnels se trouve au cœur de la réforme de 2004. Cette affirmation est renforcée dans un autre passage du rapport visant à résumer la délibération : « *Il s'agit, donc, de libérer les prix d'un grand nombre de produits et services, de renforcer en conséquence les règles relatives à l'information du consommateur et de mettre en place des dispositions visant à instaurer un équilibre des relations commerciales entre professionnels en moralisant certaines pratiques* ». On comprend ici que, d'une certaine façon, la libération des prix est concédée à la condition d'une contrepartie qui est l'assurance d'une bonne information du consommateur¹⁹. Mais cet extrait indique également que la recherche d'un équilibre consommateurs / entreprises n'est pas le seul, puisqu'il est aussi fait référence à un équilibre entre les entreprises dans les relations commerciales.

L'idée de « moraliser » les pratiques des professionnels, évoquée ici, n'est pas *a priori* du ressort de la politique de concurrence. De ce point de vue, il n'est pas immédiat de cerner parfaitement les comportements exacts que les rédacteurs du texte ont voulu stigmatiser. Cela pourrait référer à des pratiques abusives du type abus de position dominante ou de l'état de dépendance économique. Cela pourrait aussi indiquer une volonté de rechercher une pluralité des opérateurs, par exemple un équilibre entre grande distribution et petits commerces, ou encore entre grandes et petites entreprises. Cela pourrait encore référer aux relations verticales industrie-commerce (avec en outre l'intervention des importateurs, fondamentale dans les territoires insulaires). Cela pourrait enfin renvoyer à la question de la répartition du surplus entre vendeurs et consommateurs, que nous évoquions précédemment.

On retrouve des éléments similaires dans l'avis du Conseil économique et social (*op. cit.*), qui résume pour sa part la délibération dans les termes suivants : « *S'adapter aux besoins de l'économie, accompagner la modernisation du marché calédonien tout en respectant l'équilibre des relations entre les consommateurs et les professionnels, tels sont les grands thèmes abordés* ». La notion d'équilibre est ici encore présente, tout comme dans le rapport de la Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales, mais l'équilibre recherché est bien évoqué à nouveau entre professionnels et consommateurs et non entre professionnels eux-mêmes. Encore qu'il soit aussi indiqué dans ce rapport que la

¹⁸ Là encore, des débats similaires ont pu être menés en Polynésie française autour de l'adoption du droit local de la concurrence. On peut évidemment le comprendre d'autant mieux que les effets sur les entreprises existantes sont plus directement palpables – et donc plus faciles à prendre en compte – que les effets ultérieurs sur la diminution des barrières à l'entrée et l'émergence de nouveaux concurrents. Toutefois, il ne faut pas négliger la part de lobbying présidant à la circulation de ces idées, ces débats étant souvent entretenus par les bénéficiaires du système actuel.

¹⁹ Voir également, sur cette position, la page 128 du *JONC* du 30 août 2005.

délibération est le « *fruit de longues réflexions et de consensus importants de la part des différents partenaires* », ce qui suggère alors à nouveau la recherche d'un équilibre compris au sens large, c'est-à-dire aussi bien entre les consommateurs et les entreprises qu'entre les entreprises elles-mêmes.

Ainsi, si la délibération de 2004 constitue un premier pas vers une modernisation de la vie économique calédonienne, elle ne semble pas être une transition plébiscitée, mais plutôt la résultante d'un long processus réalisé avec peine²⁰, et dont le résultat n'est pas sans générer un certain nombre de craintes. Surtout, pour importants ou notables qu'ils soient, ces premiers pas ont néanmoins des limites essentielles qu'il convient de ne pas négliger.

2. Une évolution cependant limitée

L'adoption d'une règle générale de prix librement déterminés constitue assurément un progrès notable permis par la délibération de 2004, particulièrement si on l'évalue à l'aune des habitudes réglementaires très établies en matière de contrôles de prix. On notera toutefois que la délibération prévoit certaines exceptions en son article 3, tant pour les importations (lait, huile, sucre, volaille, riz) pour lesquelles la notion de prix de vente maximum licite est conservée (par application d'un taux de marge brute de 20, 40 ou 50 % selon les cas), que pour les produits fabriqués localement (conserves, alimentation pour animaux). Mais comme on peut le noter, ces exceptions restent en nombre très réduit. De même, selon l'article 4, le gouvernement peut rétablir la réglementation des prix en cas de concurrence par les prix trop faible « *en raison de situation de monopole, de difficultés d'approvisionnement, d'une situation manifestement anormale du marché ou de hausses excessives de prix* ». Cette disposition ne revêt pas non plus de caractère particulièrement inquiétant en soi : il s'agit là d'une mesure assez classique qui autorise des exceptions *a priori* rares. Une telle dérogation est d'ailleurs également présente en droit français, à l'article L. 410-2, alinéa 2, du code de commerce. On notera toutefois que le droit français prévoit un certain nombre de sécurités avant que le gouvernement puisse faire usage de ce pouvoir de réglementation tarifaire, puisqu'un décret en conseil d'Etat est requis, ce dernier étant pris après consultation de l'Autorité de la concurrence, qui vient alors fournir un avis éclairant les débats et les enjeux sur la question. A l'inverse, pour le droit calédonien, aucun garde-fou de ce type n'existe : le gouvernement peut rétablir la réglementation antérieure par simple arrêté²¹. Compte tenu des profondes habitudes du pouvoir politique en matière de contrôle des prix, cette absence de garde-fou présente donc tout de même un caractère inquiétant.

²⁰ Les débats au Congrès indiquent ainsi que les travaux ayant conduit à l'adoption de la délibération du 6 octobre 2004 ont débuté en 2001. Voir le compte rendu des débats, *JONC* du 30 août 2005, p. 159.

²¹ Notons à cet égard que nous avons souligné plus haut que les divers textes en matière de contrôle des prix n'ont été que suspendus, et non abrogés, par la délibération du 6 octobre 2004.

L'introduction d'une prohibition des pratiques anticoncurrentielles est également, comme nous l'avons vu, un progrès sensible, puisque c'est la première fois que l'on trouve dans les textes calédoniens des éléments propres au droit de la concurrence (perçu dans son acception classique). L'interdiction des ententes et des abus de position dominante, par les articles 68 et 69 dont nous avons discuté les libellés dans le point précédent, s'inscrivent dans le 1^{er} chapitre du titre IV de la délibération, intitulé : « Des pratiques anticoncurrentielles ». A ces deux articles, s'en adjoignent trois autres.

L'article 70 déclare la nullité de toute forme d'accord qui se rapporterait à une des pratiques prohibées par les articles 68 et 69. Il s'agit là d'une disposition identique à celle prévue par l'article L. 420-3 du code de commerce français.

L'article 71, également issu du droit français²², institue certaines exceptions au principe d'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Il s'agit en premier lieu, de façon à sécuriser l'action publique, d'exonérer les éventuelles situations qui proviendraient de l'existence d'une réglementation ou d'un texte législatif. Il s'agit en second lieu de sortir du champ de la prohibition les pratiques dont les auteurs peuvent prouver qu'elles bénéficient au progrès économique et aux consommateurs. Cette disposition, qui a pour but d'autoriser une application non rigide du droit, est cependant bornée par des critères suffisamment précis pour qu'elle ne puisse pas être invoquée à tort et à travers par l'ensemble des contrevenants et se trouver ainsi être à l'origine d'une impossibilité d'appliquer le droit. Ainsi, les pratiques ne doivent pas permettre « *d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ». De même, elles « *ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès* ». Le texte propose deux exemples de ces pratiques pouvant prétendre à l'exemption : l'organisation des volumes, de la qualité de la production et de la politique commerciale de certains produits agricoles, ou encore la mise en place d'accords ayant pour objet d'améliorer la gestion des petites et moyennes entreprises.

Si l'article est repris du droit métropolitain, deux différences sont cependant à souligner. La première d'entre elles se situe au niveau de la perception du progrès économique. Le code de commerce français précise en effet qu'il s'agit d'assurer un progrès économique « *y compris par la création ou le maintien d'emplois* ». Le législateur calédonien n'a quant à lui pas souhaité conserver ce membre de phrase. Les sources disponibles au sujet des débats ayant précédé le vote de la délibération ne permettent pas d'identifier avec exactitude les motifs de la suppression de cette précision relative à l'emploi. Cependant, un éclairage peut sans doute être apporté par les discussions qui ont eu lieu à Tahiti lors de l'adoption du droit de la concurrence polynésien. A l'époque, la même formulation avait en effet soulevé certaines craintes. Le débat autour de l'emploi local est souvent très vif à Tahiti et la création ou le maintien d'emplois locaux est régulièrement mis en avant par les industriels, notamment pour justifier des mesures de protection de la production locale, telles que la taxe de développement local, qui renchérit les produits importés concurrents de

²² Il s'agit d'une reprise de l'article L. 420-4 du code de commerce français, à quelques différences près qui vont être exposées.

fabrications locales²³. Au final, la mention de cette création ou de ce maintien de l'emploi avait tout de même été conservée dans la version finale du texte polynésien²⁴. Or, ces débats, tant en matière d'emploi local que de protections de marché, sont très largement transposables en Nouvelle-Calédonie²⁵. Dans une certaine mesure, les débats sont même plus vifs encore qu'en Polynésie française, les industriels calédoniens constituant un ensemble mieux organisé que celui de leurs homologues polynésiens, grâce à la Fédération des industriels de Nouvelle-Calédonie (FINC). Cette dernière constitue en effet un groupe de pression important disposant d'un organe de presse orienté, *Made In*, particulièrement actif dans la défense des protections de marché et mettant systématiquement en exergue la création d'emplois locaux pour soutenir une action protectionniste, évidemment favorable aux producteurs concernés²⁶. Ce contexte a sans doute alimenté les craintes de voir la lutte naissante contre les pratiques anticoncurrentielles annihilée par une utilisation abusive de l'argument de défense de l'emploi local, conduisant ainsi à la suppression, dans la délibération, de la référence à la création ou au maintien d'emploi.

La seconde distinction avec le droit métropolitain est que certains accords peuvent, en droit français, être reconnus comme satisfaisant aux conditions requises par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence. Il s'agit d'une sécurité forte qui permet le cas échéant d'éviter que la politique de concurrence ne se confonde avec la politique industrielle, puisque l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante – et donc sans influence gouvernementale – et que l'avis est conforme, c'est-à-dire qu'il s'impose au gouvernement. Le droit calédonien, pour sa part, ne prévoit qu'une sécurité moindre, puisque seul un avis du comité consultatif des prix²⁷ est requis avant que l'arrêté du gouvernement puisse être pris²⁸.

Enfin, un dernier article de la délibération a trait aux pratiques anticoncurrentielles : il s'agit de l'article 72, également inspiré du droit français²⁹. Il s'agit cette fois d'interdire, par

²³ Sur la taxe de développement local (TDL), on pourra consulter : Venayre F., 2012, « Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien », Document de travail n° 123, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars ; Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (eds), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 531-540.

²⁴ On la retrouve ainsi dans l'article LP. 200-5 du code de la concurrence polynésien.

²⁵ L'équivalent de la TDL y existe d'ailleurs avec la TCPPL : la taxe conjoncturelle sur la protection de la production locale, elle aussi objet de vives controverses.

²⁶ Comme son nom l'indique, *Made In* a pour unique ambition la défense de la production locale. Son premier numéro, en novembre 2003, a pour seul titre en couverture : « *J'achète calédonien : les industries du pays se mobilisent pour les consommateurs* ».

²⁷ Le comité consultatif des prix est un organe créé en 1968 et chargé « de donner son avis sur toute décision relative à la fixation des prix » (arrêté n° 68-431/CG portant création d'un comité consultatif des prix). Sa mission a été redéfinie en 1988, ses avis étant depuis lors formulés sur « toute décision relative à la réglementation des prix, à l'exclusion des prix des produits agricoles à la production » et sur « les techniques utilisées pour l'élaboration des indices de prix » (arrêté n° 2341 du 21 septembre 1988 portant réforme du comité consultatif des prix).

²⁸ Notons qu'en Polynésie française, sur cet aspect, l'avis de l'Autorité polynésienne de la concurrence est également obligatoire avant que le Conseil des ministres puisse exempter l'accord. Mais, contrairement à la métropole, il ne s'agit pas d'un avis conforme : le gouvernement est alors libre de ne pas le suivre.

²⁹ Voir l'article L. 420-5 du code de commerce français.

objet ou effet, les pratiques de prix abusivement bas, dès lors que ces dernières peuvent avoir pour effet de générer des barrières à l'entrée ou l'éviction d'un concurrent.

Au total, la délibération de 2004 consacre donc cinq articles au traitement des pratiques anticoncurrentielles. Ce nombre, qui peut paraître relativement faible, n'est pas en soi problématique : nous venons de voir que le traitement des pratiques anticoncurrentielles n'était pas très différent de celui qui est effectué par le droit métropolitain. Ce qui est plus dommageable, c'est que les deux piliers répressifs du droit de la concurrence, que sont l'interdiction des ententes et des abus de position dominante s'articulent, pour une pleine efficacité, avec un pilier préventif constitué du contrôle des concentrations³⁰. Or, cette dimension est totalement absente du texte de 2004.

Par ailleurs, le chapitre de la délibération traitant des pratiques anticoncurrentielles s'inscrit dans son titre IV, intitulé « règles en matière de concurrence ». Ce titre comprend un second chapitre qui traite de la « transparence et [l']équilibre des relations commerciales ». Ce point peut paraître anecdotique, mais il est en fait symptomatique d'une certaine conception de la concurrence qui peine à se détacher encore d'une histoire réglementaire forte. En effet, les questions de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, qui constituent les deux volets de ce que l'on appelle le « petit droit » de la concurrence, relèvent d'une logique différente de celle des pratiques anticoncurrentielles et sont traitées, lorsqu'elles existent, dans une partie distincte de celle réservée au « grand » droit de la concurrence³¹. Le fait que transparence, pratiques restrictives et pratiques anticoncurrentielles cohabitent dans un même titre du texte calédonien montre que la conception des règles de concurrence reste encore confuse, conformément à ce que nous avons exposé à la fin de notre précédent article.

Ainsi, les articles 73 à 81 de la délibération abordent-ils la facturation, les conditions générales de vente, les délais de paiement, les pratiques restrictives de concurrence ou l'interdiction du prix de revente minimum, avec une nette inspiration du titre IV du livre IV du code français³². Ces aspects, très réglementaires, n'ont que peu à voir avec les fondements du droit de la concurrence et conduisent souvent à des lourdeurs administratives dont l'utilité peut être discutée³³.

³⁰ Voir : Montet C. et Venayre F., 2012, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47 ; Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, *op. cit.*, chapitre 3.

³¹ On les trouve ainsi dans le titre IV du livre IV du code de commerce français, souvent critiqué par les spécialistes du droit de la concurrence. Voir sur cette question le premier volet de cette étude : Venayre F., 2016, « Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence », *op. cit.*

³² Par exemple, l'article 77 sur les obligations dans la relation commerciale est l'équivalent du L. 442-6 du code de commerce français, ou encore l'article 79 qui interdit la revente à perte reprend l'article L. 442-2 français.

³³ Bernard de la Véga, écrivain calédonien, moquait cette tendance administrative française dans son roman *Angélus en terre lointaine*. Son personnage, Thuang, confronté à une énumération d'une rare précision, « montra la liste, où chaque terme du contrat était énuméré avec force détails et précisions : attitude typique de cette administration française qui se sent toujours obligée de prendre en compte ce que la logique ferait tout aussi bien à sa place. » (de la Véga B., 2011, *Angélus en terre lointaine*, éditions Au Vent des Îles, Tahiti, p. 182).

A ces éléments directement insérés dans le titre IV de la délibération consacré aux règles en matière de concurrence, s'ajoutent deux autres titres respectivement dévolus à l'information du consommateur (titre II) et aux pratiques commerciales (titre III).

Concernant l'information du consommateur, on retrouve deux groupes de dispositions relevant du petit droit de la concurrence et portant sur la transparence (articles 5 à 49) et sur la loyauté (articles 50 à 56). On y trouve pour les premières des indications quant à l'affichage des prix, l'information sur les frais et les délais de livraison, ou encore les règles de facturation. Les secondes encadrent les annonces sur les réductions de prix et interdisent la publicité mensongère. Autant de dispositions qui s'apparentent bien plus au droit commercial ou au droit de la consommation qu'au droit de la concurrence lui-même, et qui rappellent les habitudes réglementaires calédoniennes. Plus encore, la seconde partie du chapitre sur la transparence s'intéresse spécifiquement à toute une liste de produits pour lesquels sont rappelées des règles particulières en matière de publicité des prix dépendant de délibérations ou d'arrêtés antérieurs et qui restent en vigueur. Il s'agit du pain, des poissons, des viandes, de la photographie, de l'hôtellerie, de la coiffure, de l'esthétique, des taxis, des laveries, *etc.* La persistance de toutes ces règles spécifiques peut sembler anachronique dans un texte de portée générale prétendant à une certaine modernité.

Le titre sur les pratiques commerciales relève également plus du droit commercial ou de la consommation que du droit de la concurrence en ce qu'il régleme les ventes avec primes, loteries publicitaires et soldes (articles 57 à 65) et en ce qu'il interdit par exemple la vente « à la boule de neige » et le refus de vente (articles 66 et 67)³⁴.

Le texte de la délibération de 2004 reste ainsi encore assez réglementaire, en dépit de son double mérite d'adoption d'une règle générale de liberté des prix et de prohibition des pratiques anticoncurrentielles. Ce qui semble avoir présidé à son adoption est moins une volonté réelle d'aller vers la construction d'un droit moderne de la concurrence que de tenter de modifier et d'homogénéiser une réglementation économique pléthorique et complexe, car construite par ajout de strates successives au fil des années et des évolutions de l'économie calédonienne. L'absence de dispositions visant au contrôle de la concentration économique et à la lutte potentielle contre la création ou le renforcement de pouvoirs de marché susceptibles de restreindre le jeu normal du marché en est une première illustration. Les débats qui se sont déroulés au Congrès de la Nouvelle-Calédonie lors de l'adoption du texte de 2004 en sont une seconde.

Ainsi, si la question des pratiques anticoncurrentielles ne soulève aucune observation particulière lors de la discussion au Congrès, la question de l'équilibre entre les formes de commerce est au contraire très présente. Un membre du gouvernement indique par exemple que le « *projet, préparé de longue date, a pour but de toiletter la réglementation économique, en vue de favoriser une plus grande transparence dans la méthode d'établissement des prix et*

³⁴ Également appelée vente pyramidale, la vente « à la boule de neige » est une vente par parrainage dans laquelle on propose à un acheteur des avantages (remboursement partiel) s'il trouve de nouveaux acheteurs. On notera d'ailleurs que, si la pratique est également interdite en droit français, c'est au titre de l'article L. 121-15 du code de la consommation.

d'améliorer les conditions de concurrence entre les grandes surfaces et les commerces de proximité »³⁵. On retrouve ici une volonté de défense du petit commerce qui échappe pourtant normalement à la logique concurrentielle. L'article 59 de la délibération, qui permet au gouvernement de « *prendre des mesures particulières motivées par l'intérêt économique, l'initiative commerciale et l'équilibre du marché intérieur* », vient renforcer ce sentiment. Si le texte de l'article, un peu sibyllin, ne permet pas de comprendre immédiatement les enjeux de la disposition, les débats menés au Congrès s'avèrent ici informatifs. Il y est en effet indiqué que cette disposition « *vise à accompagner la défense des intérêts du commerce de centre-ville* »³⁶. La direction des affaires économiques vient préciser encore que cela « *vise à éviter, au cours d'une manifestation commerciale autorisée, des campagnes publicitaires à répétition de la part de la grande distribution qui déstabilisent* »³⁷ les manifestations commerciales du petit commerce. En effet, à l'occasion de ces manifestations, « *les grandes surfaces organisent parallèlement des opérations concurrentes qui attirent une clientèle importante et lèsent ainsi les efforts des commerçants du centre-ville* »³⁸.

Si cet article 59 est anecdotique, il illustre cependant bien la position régulatrice des Affaires économiques, peu enclines par nature à faire confiance aux mécanismes de marché et à la grande distribution. Rappelons que ses missions historiques de régulation de la formation des prix et des marges, et son activité de contrôle du respect de la réglementation en l'espèce, ne font pas de ce service du gouvernement le meilleur promoteur de la liberté des prix et de la concurrence. Un membre du gouvernement nous apprend ainsi que « *la direction des affaires économiques a essayé, à plusieurs reprises, d'obtenir un accord ou d'obtenir un accord-cadre et d'organiser la concertation entre la grande distribution, le syndicat des industries de Nouvelle-Calédonie, d'une part, le syndicat des importateurs qui sont les fournisseurs de la grande distribution d'autre part* »³⁹ (souligné par nous). L'idée même d'organiser une « concertation » entre tous les acteurs de la chaîne commerciale verticale devrait pourtant sembler en total décalage avec la recherche de l'objectif d'une concurrence accrue, particulièrement au sein d'un texte qui prohibe pour la première fois les pratiques anticoncurrentielles (dont, rappelons-le, les ententes). Pour le gouvernement, cette absence – pourtant souhaitable – de concertation verticale semble être à l'origine du renforcement des dispositions visant à encadrer la puissance d'achat de la grande distribution : il s'agit de « *doter les fournisseurs de la grande distribution de moyens de lutter, je ne dirais pas à armes égales parce qu'ils ne le peuvent pas mais un moyen de lutter un petit peu contre une attitude souvent impérialiste de la grande distribution* »⁴⁰. Même si une intervention vient au soutien d'un progrès économique qui serait apporté par la grande distribution, un intervenant ayant « *tenu à faire observer que les grandes surfaces apportent des services aux consommateurs,*

³⁵ Voir le compte rendu intégral des débats du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, JONC du 30 août 2005, p. 130. Il s'agit de M. Leroux.

³⁶ *Ibid.*, p. 143.

³⁷ *Ibid.*, p. 144. La phrase est de Mme Boyer, la directrice des Affaires économiques.

³⁸ *Idem.* La phrase est cette fois de M. Georges, le directeur-adjoint des Affaires économiques.

³⁹ *Ibid.*, p. 151. La phrase est de M. Leroux. Le même représentant du gouvernement tiendra également « *à saluer la persévérance de la DAE qui, sur ce dossier, a toujours privilégié l'entente et la concertation entre les partenaires économiques afin d'obtenir, par la voie du consensus, des règles de bonnes conduites* » (pp. 158-159).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 152. Il s'agit là encore d'une citation de M. Leroux.

qu'elles ont contribué à faire baisser les prix en Nouvelle-Calédonie sur les produits de consommation courante »⁴¹, le texte et plus encore les débats qui l'entourent restent assez résolument en défiance à l'égard des grands distributeurs. On retrouvait également cet aspect à Tahiti, tout au long du processus d'adoption du droit de la concurrence local et pour les mêmes raisons, notamment l'omniprésence de la Direction générale des affaires économiques (DGAE) dans la rédaction des différents projets du texte⁴².

3. La lente et progressive adoption du droit de la concurrence calédonien

Comme nous avons pu le voir à l'aide des quelques exemples fournis, les débats autour de l'adoption de la délibération de 2004 survolent finalement les réelles questions de concurrence et se focalisent au contraire essentiellement sur les aspects régulateurs des relations verticales. Il en ressort une délibération qui traduit plus la culture réglementaire encore très forte des Calédoniens que le vent du changement pro-concurrentiel. Mais en dépit des limites exposées, il n'en reste pas moins que la délibération de 2004 présente également les deux avancées décrites précédemment (liberté des prix et prohibitions des pratiques anticoncurrentielles), qui pourraient servir de support à la progressive construction d'un réel droit de la concurrence calédonien. Cette dernière va pourtant requérir une dizaine d'années encore. Mais surtout, elle va emprunter des chemins pour le moins inattendus.

Prohibition des pratiques anticoncurrentielles et adoption du principe général de liberté des prix auraient en toute logique pu permettre d'obtenir de premiers résultats favorables sur le fonctionnement des marchés calédoniens. Elles auraient surtout pu ouvrir la porte à une amélioration progressive du texte de 2004, en répondant par exemple à certaines de ses lacunes comme l'absence d'encadrement de la concentration économique ou encore en réduisant son caractère inutilement intrusif dans les relations commerciales. Mais ce ne sera pourtant pas le cas et, à l'inverse, on observera dans les années qui suivront le vote de la délibération une évolution à rebours des principes adoptés, en droit ou en fait.

Ainsi, en dépit de l'affirmation de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante, Philippe Gomès rappelle fin 2016 qu'aucune poursuite n'a été engagée pour pratiques anticoncurrentielles depuis l'adoption de la délibération de 2004⁴³. L'officialisation

⁴¹ *Ibid.*, p. 158. Il s'agit de Mme Beustes. On notera cependant qu'elle poursuit son intervention en appelant, elle aussi, non plus à la concertation mais directement à « l'entente »... On reste très loin du discours pro-concurrentiel classique (le compte rendu des débats précise en effet que : « *Il conviendrait, pour elle [Mme Beustes], de privilégier l'entente entre grandes surfaces et partenaires, ce qui avait déjà été entrepris, plutôt que leur imposer des mesures susceptibles de préjudicier les producteurs locaux dans l'écoulement de leurs marchandises* » (souligné par nous).

⁴² Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, op. cit., chapitres 8 et 9.

⁴³ Gomès P., 2016, « Loi anti-trust et autorité de la concurrence : chronique d'une longue marche », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 28, n° 2016/2, pp. 6-17, note 9. Notons qu'en revanche, des dossiers contentieux ont débouché sur des sanctions en matière de pratiques restrictives (Autorité

de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles n'a donc, en pratique, apporté aucune réalité à l'éviction ou au contrôle de ces pratiques. Cet aspect est finalement assez peu surprenant au regard de ce qui a été exposé plus haut. Comme nous l'avons vu, d'une part, ces aspects du « grand » droit de la concurrence n'étaient pas au cœur des débats. D'autre part, la direction des Affaires économiques ne semblait que peu impliquée dans cette dimension du texte, lui préférant comme le montrent ses interventions au Congrès les aspects du texte les plus réglementaires. Ainsi, les Affaires économiques, chargées d'appliquer les nouvelles dispositions de 2004 et de transmettre, le cas échéant, le dossier au procureur de la République afin qu'il puisse engager des poursuites, n'ont-elles sans doute pas fait de ces investigations une priorité.

Le cas de la liberté des prix est plus symptomatique encore. Hormis pour quelques exceptions que nous avons citées⁴⁴, les prix devaient être librement déterminés par le jeu du marché à partir de 2004. Ce principe général ne va pourtant connaître, dans la réalité des faits, qu'une très brève application. En 2010, une nouvelle délibération vient élargir sensiblement, à une liste annexée de 100 produits de première nécessité ou de grande consommation, la réglementation des prix par le gouvernement⁴⁵. Le motif invoqué par le gouvernement au soutien de cet accroc à la liberté des prix est une forte inflation en 2008, de 2,9 %. Pourtant, par comparaison avec l'ensemble du territoire français, qui connaît pour cette même année une inflation de 2,8 %, la hausse des prix calédonienne est loin d'apparaître disproportionnée. Plus encore, l'année 2009 ne connaît qu'une inflation de 0,9 %.

Cette délibération sera mal accueillie par diverses instances. Interrogé sur son opportunité, le Comité consultatif des prix rendra le 5 février 2010 un avis défavorable à l'unanimité de ses membres⁴⁶. Le Conseil économique et social va à son tour prendre des distances avec la mesure, qualifiée de « *retour arrière* », en rappelant par exemple les critiques adressées par l'Autorité de la concurrence métropolitaine à l'égard des contrôles de

de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, Rapp. G. Wibaux, 21 septembre, point 63). Cet aspect confirme encore que c'est bien cette dimension très réglementaire qui intéresse les Affaires économiques. L'Autorité de la concurrence note d'ailleurs, au même point cité de son rapport, qu'il « *faut signaler que le bureau chargé de la concurrence a largement participé au contrôle des prix des produits réglementés* »...

⁴⁴ Auxquelles s'est ajoutée celle de la crevette locale en 2005, dont le prix a été réglementé par la délibération n° 137 du 16 décembre 2005 modifiant la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique. Dans son avis préalable, le Conseil économique et social avait remarqué que le gouvernement introduisait cette réglementation « *pour protéger un acteur économique constitué en société d'économie mixte de la concurrence d'un second opérateur d'initiative privée* ». Il avait également noté, de manière plus que surprenante, qu'il était « *nécessaire d'inciter les deux opérateurs à s'entendre avant de mettre en place une quelconque réglementation* », considérant que « *les acteurs de la filière aquacole ont tout intérêt à se regrouper et à se soutenir s'ils veulent assurer à la crevette calédonienne un label international* » (avis n° 06/2005 du 29 juillet 2005 du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie relatif au projet de délibération portant réglementation des prix de la crevette d'origine locale). On observe là encore, et en lien avec ce qui a été exposé juste précédemment, que les enjeux d'une lutte active contre les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas encore compris.

⁴⁵ Délibération n° 62 du 2 juin 2010 portant réglementation générale des prix. Pour de plus amples informations sur les mesures de réglementation prises par produit, voir l'arrêté n° 2010-2715/GNC du 3 août 2010 fixant les prix de certains produits de première nécessité et de grande consommation.

⁴⁶ Voir l'avis du Conseil économique et social n° 03/2010 du 2 avril 2010, saisine concernant le projet de délibération portant réglementation générale des prix, qui relate ce vote.

prix dans son avis sur les DOM⁴⁷. Le Conseil économique et social va surtout recommander que soit stipulé explicitement, dans l'article 4-1 introduisant ces possibles réglementations tarifaires à discrétion du gouvernement, que c'est « *à titre exceptionnel et pendant une durée limitée* ». Cependant, cette rédaction ne sera finalement pas retenue par le gouvernement, bien que la délibération prévoit tout de même, en son article 3, que la réglementation des prix ainsi réinstaurée le soit pour une période de 3 ans, soit jusqu'en juin 2013.

L'Histoire nous apprend néanmoins que les mesures transitoires ne le sont pas toujours. Or, en l'espèce, le refus du gouvernement de retenir la formulation proposée par le Conseil économique et social concernant le caractère exceptionnel d'une intervention sur les prix ne laissait pas entendre une volonté farouche de revenir rapidement à la liberté tarifaire proclamée par la délibération de 2004. Ainsi, en généralisant la réglementation à des familles entières de produits, le nombre de produits réglementés va être porté de 100 à 418 en 2012⁴⁸. Le Conseil économique et social aura l'occasion, au cours de cette même année, de rappeler ses réticences en matière de contrôle de prix, en notant « *qu'une économie contrôlée par l'action publique, si elle est utile temporairement pour atténuer les effets d'une inflation contraignante pour les ménages calédoniens, ne doit pas être pérennisée* »⁴⁹.

Notons que nous sommes alors, à mi-2012, à un an seulement de la fin programmée de la réglementation des prix réinstaurée en juin 2010. Le fait même que le gouvernement en élargisse pourtant sensiblement la portée laisse à croire qu'une prolongation de son effet est probable. Effectivement, c'est bien ce qui va se produire à la date échéance de juin 2013 où une nouvelle délibération va proroger le dispositif de réglementation des prix jusqu'à la fin de l'année 2014⁵⁰. Et ainsi, fin 2014, c'est sans grande surprise qu'un nouveau projet de texte propose à nouveau la prolongation de la réglementation tarifaire. Le Conseil économique et social recommande alors « *la plus grande prudence quant à l'utilisation du pouvoir de fixation des prix, solution qui ne doit pas se pérenniser* »⁵¹, mais en dépit de son avis réservé, la nouvelle délibération est adoptée en juin 2015 et prévoit une nouvelle période de 3 ans, c'est-à-dire jusqu'en juin 2018⁵². On voit bien que depuis juin 2010, il devient complexe de parler de mesures provisoires. Les mises en garde formulées par le CES dès 2010, concernant

⁴⁷ Autorité de la concurrence, avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer. Voir l'avis du CES n° 03/2010 du 2 avril 2010, *op. cit.*

⁴⁸ Arrêté n° 2012-1291/GNC du 5 juin 2012 fixant les prix de certains produits de première nécessité et de grande consommation et des prestations de services. Le Conseil économique et social fait même état d'un projet qui porterait à 600 les produits concernés, tout en remarquant que cela « *n'aura probablement aucune incidence sur la cherté de la vie* » (voir l'avis du Conseil économique et social n° 12/2012 du 6 juillet 2012 relatif à la saisine concernant le projet de délibération relatif à la réglementation économique, *JONC* du 7 août 2012, p. 5750).

⁴⁹ Avis n° 12/2012 du 6 juillet 2012, *op. cit.*

⁵⁰ Délibération n° 281 du 24 juin 2013 fixant les dispositions applicables en matière de présentation et d'étiquetage des denrées alimentaires et modifiant les dispositions de la délibération du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.

⁵¹ Avis n° 18/2014 du 28 novembre 2014 concernant le projet de délibération du congrès portant habilitation du gouvernement à prendre des mesures spécifiques de fixation des prix, accompagné d'un projet d'arrêté.

⁵² Délibération n° 52 du 16 juin 2015 portant habilitation du gouvernement à prendre des mesures spécifiques de fixation des prix.

la nécessité du caractère exceptionnel et limité dans le temps de l'intervention paraissent désormais aussi lointaines qu'elles font sens.

La délibération n° 62 du 2 juin 2010, qui va donc être à l'origine d'un retournement de situation en matière de liberté tarifaire en Nouvelle-Calédonie, s'est accompagnée d'une autre délibération, prise également le même jour. La délibération n° 63 s'intéresse quant à elle au renforcement de la régulation des relations fournisseurs-distributeurs⁵³. Elle est finalement le pendant de la première. Si la délibération n° 62 réintroduit un fort contrôle des prix, la délibération n° 63 désigne indirectement le responsable de la vie chère, en cherchant à durcir l'encadrement des stratégies de la grande distribution à l'égard des marchés amont de fourniture. Particulièrement, la pratique des marges arrière⁵⁴ est mise en exergue et considérée comme un élément important du coût de la vie supporté par les ménages calédoniens. A ce titre, le Conseil économique et social prendra une position assez ferme dans son avis lié à la délibération n° 63 en écrivant que les marges arrière « *sont pleinement responsables de la cherté des prix à la consommation* »⁵⁵. Pourtant, on ne peut s'empêcher d'être surpris lorsqu'on compare ce point de vue avec celui émis le même jour par le CES dans son avis préalable à l'adoption de la délibération n° 62 sur la réglementation des prix⁵⁶. Le Conseil y soulignait alors que le secteur commercial n'était pas le seul responsable de la vie chère, le poste alimentaire ne représentant que 20 % des dépenses d'un ménage calédonien. Il pointait à l'inverse la responsabilité des services publics ou contrôlés par la puissance publique qui « *participent grandement à l'inflation des prix* » (distribution de l'eau, de l'électricité, des télécommunications, des transports, de la viande, etc.). Il s'interrogeait également sur le bien-fondé des protections de marchés et de leur efficacité ainsi que sur l'impact des droits et taxes à l'importation qui sont « *un frein à la mise en œuvre d'un juste prix pour le consommateur* ». Cela peut interroger sur la cohérence globale des positions défendues en l'espèce par le CES⁵⁷.

Ces deux délibérations de 2010, qui viennent conforter l'action réglementaire du gouvernement calédonien et signent de ce point de vue une régression par rapport aux quelques apports favorables de la délibération de 2004, sont peut-être néanmoins un mal pour un bien. Cette action publique, en effet, n'a pas pu permettre de diminuer, comme l'on

⁵³ Délibération n° 63 du 2 juin 2010 relative à la régulation des relations commerciales entre acteurs économiques.

⁵⁴ Les marges arrière sont des remises différées qui viennent rétribuer les services complémentaires fournis par les distributeurs à leurs fournisseurs en matière de promotion des ventes. Ces prestations sont regroupées sous l'appellation de coopération commerciale. Ces marges, générées par les distributeurs sur leurs fournisseurs, sont appelées « arrière », par opposition à la marge avant qui est réalisée sur les consommateurs. Voir, par exemple, sur cette question, les débats qui ont animé la métropole au début des années 2000 : Rey, P. et Tirole, J., 2000, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La Documentation française, Paris ; Tinard, C. ; Tinard, Y. et Serna, J.-C., 2003, *La grande distribution française : bouc émissaire ou prédateur ?*, FNDE éd., Paris, Coll. Actualités de droit de l'entreprise ; Canivet G., 2004, *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La Documentation française, Paris.

⁵⁵ Avis n° 04/2010 du 2 avril 2010, *op. cit.*

⁵⁶ Avis n° 03/2010 du 2 avril 2010, *op. cit.*

⁵⁷ Bien entendu, les causes d'un même effet peuvent être multiples. Surtout, le CES est une institution collégiale au sein de laquelle différents points de vue – ou intérêts – coexistent. Nous allons revenir plus bas sur la question des marges arrière.

pouvait s'y attendre, le coût de la vie en Nouvelle-Calédonie, exacerbant ainsi l'impatience des Calédoniens, voire leur colère. 25 000 personnes ont fini par manifester afin de réclamer un véritable plan de lutte contre la vie chère qui soit réellement efficace. A l'occasion de cette mobilisation, l'intersyndicale a par ailleurs demandé dès mai 2011 que l'Autorité de la concurrence de métropole soit mandatée pour venir expertiser le système d'importation et de distribution calédonien. N'ayant pas obtenu immédiatement l'oreille des autorités politiques, des menaces de grève illimitée et de blocage de l'ensemble du territoire ont été proférées, donnant finalement gain de cause à l'intersyndicale⁵⁸. Le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a ainsi adopté une résolution demandant le concours de l'Autorité métropolitaine de la concurrence, notamment pour réaliser une étude des mécanismes d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie⁵⁹, mais aussi pour « *apporter son concours à l'élaboration d'un cadre législatif et réglementaire permettant un renforcement du contrôle de la concurrence* »⁶⁰.

Du point de vue du processus de modernisation du droit économique calédonien, ce recours à l'Autorité française de la concurrence marque à n'en pas douter un tournant majeur. Au cours du premier semestre 2012, trois rapporteurs de l'Autorité vont travailler sur l'économie calédonienne, auditionnant les principaux distributeurs, importateurs et producteurs, ainsi que l'ensemble des partenaires économiques et les représentants des différentes institutions politiques, administratives et sociales. Ce travail donnera lieu à la remise, en septembre 2012, de deux rapports qui vont faire date en Nouvelle-Calédonie⁶¹.

Ces rapports vont notamment souligner la nécessité d'adopter, pour la Nouvelle-Calédonie, un droit de la concurrence qui lui soit propre, puisque le droit métropolitain ne peut y être applicable. Même si nous n'allons pas détailler le contenu de ces rapports, puisque nous l'avons déjà effectué dans une autre publication à laquelle le lecteur intéressé pourra se référer⁶², abordons juste la question de la régulation des relations commerciales entre acteurs économiques de la chaîne verticale, en lien avec ce qui a précédemment été dit sur les marges arrière et la délibération n° 63 de 2010. Si cette délibération visait à encadrer très fortement la pratique des marges arrière, elle maintenait cependant l'interdiction de la revente à perte en son état d'origine, c'est-à-dire sans permettre de prendre en compte les remises hors factures

⁵⁸ Voir notamment le compte rendu intégral des débats au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, séance unique du jeudi 1^{er} septembre 2011, *JONC* du 12 mars 2012, p. 335. Ces éléments m'ont été confirmés lors d'une mission effectuée auprès du Congrès en avril 2014 par les différentes parties que j'ai pu rencontrer à cette occasion.

⁵⁹ A l'image de ce que l'Autorité avait réalisé en septembre 2009 dans les DOM (voir l'avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, *op. cit.*).

⁶⁰ Résolution n° 147 du 1^{er} septembre 2011 sollicitant le concours en Nouvelle-Calédonie de l'Autorité de la concurrence. Cette résolution sera suivie 4 mois plus tard d'une délibération du Congrès destinée à habiliter le président du gouvernement à signer la convention nécessaire avec l'Autorité de la concurrence (délibération n° 183 du 30 décembre 2011 portant habilitation du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à signer une convention-cadre d'assistance technique avec l'autorité de la concurrence). La convention d'assistance technique sera finalement signée par le gouvernement calédonien et le haut-commissaire le 14 février 2012.

⁶¹ Autorité de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, Rapp. T. Decruyenaere et P. Sauze, 21 septembre ; et : Autorité de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, Rapp. G. Wibaux, 21 septembre.

⁶² Montet C. et Venayre F., 2013, « Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, pp. 164-170.

dans le calcul du prix de revient (disposition issue de l'article 79 de la délibération de 2004). Pourtant, on sait que cette interdiction de la revente à perte génère des effets pervers importants qui contribuent à la hausse des prix tout en favorisant le développement des marges arrière. La métropole l'avait expérimenté à son désavantage du fait de la loi Galland⁶³. L'Autorité de la concurrence ne s'y trompera pas en soulignant ceci dans son rapport sur les mécanismes d'importation et de distribution : « *En ne permettant pas la prise en compte des (...) marges arrière dans le calcul du seuil de revente à perte, ce cadre juridique empêche donc les détaillants de répercuter aux consommateurs la totalité des remises obtenues* »⁶⁴.

L'audit réalisé par l'Autorité de la concurrence métropolitaine sur le territoire calédonien va permettre d'accélérer sensiblement la réflexion et les débats politiques et législatifs sur la question de l'adoption d'un droit de la concurrence applicable en Nouvelle-Calédonie. L'expertise et le professionnalisme de l'autorité française, en effet, vont avoir pour conséquence immédiate de lever les interrogations qui pouvaient subsister quant à l'*opportunité* de doter le Caillou d'un tel droit⁶⁵. Le premier droit de la concurrence calédonien va ainsi être adopté en octobre 2013⁶⁶, mettant fin à une décennie d'atermoiements depuis le premier texte de 2004. Les dispositifs qu'il prévoit couvrent l'ensemble des piliers classiques du droit de la concurrence : interdiction des ententes, lutte contre les abus de position dominante et contrôle des concentrations par un système de notifications préalables obligatoires⁶⁷. Il prévoit également, de manière moins classique, un contrôle des aménagements commerciaux fondé sur des critères concurrentiels⁶⁸ et la mise en œuvre

⁶³ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Les mécanismes y sont décrits en détail dans : Montet C. et Venayre F., 2004, « Grande distribution française : Faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?, *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, pp. 174-181. Voir également, pour une mise en évidence de l'effet sur les prix : Biscourp P., Boutin X. and Vergé T., 2013, "The Effects of Retail Regulations on Prices: Evidence From the Loi Galland", *Economic Journal*, Vol. 123(12), pp. 1279-1312 ; Boutin X. et Guerrero G., 2008, « Loi Galland et prix à la consommation », Note de conjoncture, INSEE, Juin.

⁶⁴ Rapport *op. cit.*, point 158. On consultera plus généralement, sur cette question, les pages 43 et 44 du rapport. Notons que dans ce même point 158, l'Autorité métropolitaine précise également que les marges arrière calédoniennes sont nettement inférieures à celles pratiquées en France avant la loi LME, alors même qu'elles avaient pourtant été stigmatisées dans le débat local sur la vie chère en 2010 (la loi LME est la loi qui a modifié le cadre juridique de l'interdiction de la revente à perte, permettant de répondre aux effets pervers générés par la loi Galland : loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie).

⁶⁵ Même si l'on sait que les opposants à l'adoption de règles concurrentielles efficaces sont bien souvent les tenants du système préalable et servent ainsi, par ce combat, plus des intérêts personnels que l'intérêt de la collectivité. Voir sur cette question : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?, op. cit.*, pp. 124-127.

⁶⁶ Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, qui sera codifiée par la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 relative aux livres III et IV de la partie législative du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

⁶⁷ Le contenu du droit de la concurrence calédonien ne sera pas détaillé plus avant ici, mais on pourra utilement se référer aux différents commentaires qui ont pu en être faits : Béhar-Touchais M., 2014, « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence : De l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 43-52 ; Venayre F., 2014, « Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 24, pp. 29-40 ; Tagliarino-Vignal N., 2014, « Un droit de la concurrence pour la Nouvelle-Calédonie (1/2) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 41, pp. 82-86. Sur la constitutionnalité du droit calédonien, voir : Pastorel J.-P., 2013, « Contrôle de concentration et outils de régulation en Nouvelle-Calédonie », *Actualité Juridique Droit Administratif*, n° 43, 16 décembre, p. 2499. Sur le processus politique ayant conduit à son adoption, voir : Gomès P., 2016, *op. cit.*

⁶⁸ Sur cette question spécifique des aménagements commerciaux, et une comparaison des dispositifs calédonien et polynésien, voir : Venayre F., 2017, « Contrôle de l'aménagement commercial dans les collectivités du

d'injonctions structurelles vouées à revenir le cas échéant sur des situations de marché déjà concentrées et génératrices de problèmes spécifiques⁶⁹.

* *

*

Le début des années 2000 marque pour la Nouvelle-Calédonie un infléchissement progressif de sa politique économique. Initiées dès 2001, les discussions relatives au droit économique calédonien vont aboutir au vote, en octobre 2004, d'une délibération relative à la réglementation économique. Comme son nom l'indique, cette délibération, qui fixe le cadre du droit économique calédonien, reste encore d'obédience très réglementaire. Mais elle a le mérite, en plus d'organiser un nombre important de textes disparates, d'introduire deux nouveautés qui laissent espérer qu'un vent nouveau soufflera peut-être bientôt sur la vie des affaires calédonienne.

En effet, en rupture avec la pratique passée, la délibération de 2004 consacre un principe général de liberté des prix, ce que l'on sait être un indispensable préalable à la dynamique concurrentielle des marchés. Elle instaure également une interdiction des pratiques anticoncurrentielles : abus de position dominante et ententes.

Pour autant, la confusion autour de la notion de concurrence, qui avait été omniprésente au cours de la décennie précédente, n'est pas totalement levée. L'imbrication de ces nouvelles dispositions propres au droit de la concurrence avec de très nombreux autres aspects relevant à l'inverse d'une volonté réglementaire d'agir sur les relations commerciales rendent le texte ou les débats parfois peu compréhensibles au néophyte. Surtout, elle entretient le risque de focaliser l'attention des autorités sur des éléments mineurs, au risque de s'éloigner des actions qui, au contraire, seraient plus susceptibles d'améliorer l'efficacité de la gouvernance économique calédonienne.

Or, effectivement, les aspects les plus intéressants de cette délibération de 2004 ne vont pas être à l'honneur en pratique. Aucune procédure ne sera lancée par les Affaires économiques à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles. Et le principe de liberté tarifaire va rapidement connaître des dérogations, de plus en plus nombreuses et fréquentes. De ce dernier point de vue, on sait que les régimes de prix librement déterminés prévoient toujours

Pacifique : Des procédures et délais spécifiques pour quels moyens d'action ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 58, Février, pp. 23-31.

⁶⁹ Pour une analyse du mécanisme des injonctions structurelles, voir : Venayre F., 2015, « L'efficacité du pouvoir ultramarin d'injonction structurelle en question », Document de travail du Gredeg, GREDEG WP N° 2015-50, Université de Nice Sophia-Antipolis.

une possibilité, pour le gouvernement, de déroger à la règle. Mais en général, cette opportunité est plutôt une sécurité, à vocation plus théorique que pratique car réservée à des situations extrêmes. Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, et compte tenu des habitudes en l'espèce, l'exception peut malheureusement assez rapidement devenir la règle. A cet égard, l'absence de garde-fou que nous avons signalée, contrairement au cas métropolitain qui requiert l'avis préalable de l'Autorité de la concurrence et un décret pris en Conseil d'Etat, s'est avérée particulièrement dommageable. Le législateur aurait sans nul doute dû sécuriser davantage le dispositif.

Pourtant, le fait même que les dispositions les plus pro-concurrentielles de la délibération de 2004 aient été mises à mal ont eu, indirectement, une influence bénéfique. Cette reprise en main de la réglementation tarifaire par le gouvernement n'a en effet pas permis de répondre aux inquiétudes des Calédoniens en matière de « vie chère », mais au contraire pu développer l'idée que les problèmes étaient endogènes. Ainsi, lors de débats au Congrès, un intervenant a par exemple pu dire : « *La vie chère (...) c'est quelque chose de très important et difficile à combattre. Pourquoi ? Parce que c'est le résultat d'une politique qui a été menée depuis des dizaines et des dizaines d'années, qui a structuré, ici, la vie chère* »⁷⁰. C'est cette évolution vers un questionnement de l'efficacité des politiques économiques traditionnelles qui a pu conduire à soutenir la demande d'une assistance de l'Autorité de la concurrence métropolitaine.

Dès lors, les partisans de la mise en œuvre d'un droit de la concurrence calédonien ont eu, avec les deux rapports remis par l'Autorité en septembre 2012, un support de choix. Il n'a alors pas fallu attendre longtemps avant de voir leur vœu se concrétiser avec le vote de la loi du pays d'octobre 2013. Dorénavant, la Nouvelle-Calédonie est dotée d'un réel droit de la concurrence permettant de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et de contrôler la concentration économique et l'aménagement commercial.

Mais maintenant que voici le droit calédonien complet, à l'issue d'une construction longue et difficile qui n'est pas sans rappeler celle de son voisin polynésien, une question demeure, qui est celle de la mise en application du droit. Nous avons par exemple vu que, si elles sont prohibées depuis 2004, les pratiques anticoncurrentielles n'ont pourtant pas été inquiétées à ce jour. Au-delà de la construction du droit, c'est donc la question de son application effective qui est maintenant posée. Quelle instance de contrôle peut-elle incarner pleinement le nouveau droit calédonien et en assurer son application sans réserve ? De quel degré d'indépendance sera-t-elle dotée ? Ces questions, qui demeurent en suspens à l'écriture de ces lignes et posent un certain nombre de questions sur lesquelles il est légitime de s'interroger, feront l'objet du troisième et dernier volet de notre étude consacrée à la gouvernance économique calédonienne.

⁷⁰ Compte rendu des débats au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, séance du jeudi 1^{er} septembre 2011, *JONC* du 12 mars 2012, p. 337. La phrase est de M. Lalié.