



HAL
open science

Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif. Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, 2014, 24, pp.29-40. halshs-01072254

HAL Id: halshs-01072254

<https://shs.hal.science/halshs-01072254>

Submitted on 7 Oct 2014

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.

Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif

Florent Venayre*

(Référence : 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.)

La Nouvelle-Calédonie restait depuis bien longtemps en marge du droit républicain en n'ayant pas de réel droit de la concurrence applicable sur son territoire. Mais au cours de l'année écoulée, à la suite des événements de 2009 dans l'outre-mer et face à l'intérêt renforcé depuis cette date pour les questions de concurrence, elle vient de connaître un important tournant législatif.

Alors que la Nouvelle-Calédonie ne s'était jusqu'alors dotée que d'un droit minimal, en 2004, qui n'avait pas permis d'infléchir réellement le fonctionnement de son système économique¹, elle vient en effet d'adopter plusieurs textes majeurs qui lui confèrent maintenant un droit de la concurrence complet et, à certains égards, aussi innovant que coercitif.

En trois lois du pays successives², le Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie a ainsi connu des changements radicaux qui laissent maintenant présager d'autres importantes décisions à venir et réjouiront les analystes et les universitaires spécialisés dans les questions de concurrence, qu'ils soient juristes ou économistes.

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

¹ Délibération n° 14 du 6 octobre 2014 portant réglementation économique.

² Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, dont le projet avait été validé par le Conseil constitutionnel (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) ; 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 ; 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.

Cet article se propose de présenter et de discuter le contenu de ce nouveau droit de la concurrence calédonien. Comme nous le verrons, il s'inscrit dans une tradition d'économie administrée se traduisant par exemple par un important encadrement des prix et nombre de mesures réglementaires visant à encadrer les comportements des entreprises, notamment verticaux (ce que l'on appelle le petit droit de la concurrence). On peut regretter le maintien de ces outils issus d'une histoire très régulatrice avec l'émergence d'un vrai droit de la concurrence et d'une autorité indépendante dévolue à son contrôle (1.). Au-delà de cette réflexion liminaire, le nouveau droit calédonien se caractérise tout d'abord par une lutte contre les pratiques anticoncurrentielles extrêmement proche de celle du droit français, reprenant interdiction des ententes, des abus de position dominante et de dépendance économique, mais aussi différents outils introduits depuis (clémence, engagements, non-contestation des griefs), ainsi que la récente interdiction des accords exclusifs d'importation voulue pour l'outre-mer par le ministre Victorin Lurel (2.). On retrouve également l'indispensable contrôle des concentrations, mais largement renforcé dans le cas calédonien, visant ainsi à étudier un spectre très large d'opérations, même de taille très petite (3.). L'ensemble des composantes de ce droit repose sur la création d'une autorité administrative indépendante (AAI) territoriale, ce qui constitue une nouveauté institutionnelle à souligner et qui a nourri de nombreux débats locaux, particulièrement quant à la réalité de son indépendance (4.). Enfin, nous proposerons un focus sur deux aspects particulièrement innovants du droit de la concurrence calédonien. Le premier réside dans le mécanisme retenu pour tenter de résorber les situations soulevant des préoccupations de concurrence, c'est-à-dire l'injonction structurelle. Nous verrons que, dans sa conception calédonienne, l'injonction structurelle se révèle bien plus sévère encore qu'elle ne l'est ailleurs (5.). La seconde innovation majeure a trait à l'aménagement commercial, dont nous verrons qu'il est directement confié à l'Autorité de la concurrence, ce qui implique une petite révolution dans la perception même des critères qui doivent présider aux décisions d'urbanisme commercial (6.)

1. Emergence du droit de la concurrence calédonien et tradition d'économie administrée

La délibération de 2004, prélude à la mise en place d'un droit de la concurrence complet et applicable, avait souligné quelques principes généraux comme l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, mais ne présentait pas réellement un caractère efficace pour soutenir la concurrence sur les marchés calédoniens. Le contrôle des concentrations en était absent et aucune autorité de concurrence n'avait été mise en place pour encadrer le fonctionnement des marchés. Il faut cependant rappeler que seule la création d'un organe de médiation ou de recommandation était à l'époque possible, ce qui ne constituait pas une mesure susceptible de parvenir aux modifications comportementales que l'on est en droit d'attendre de l'adoption d'un réel droit de la concurrence. On s'en souvient, en effet, la loi organique établissant le statut de la Nouvelle-Calédonie au sein de la République n'autorisait

pas la création d'autorité administrative indépendante (AAI), ces dernières empiétant sur les compétences de l'Etat. Ce problème était identique à celui rencontré en Polynésie française et il faut d'ailleurs se féliciter de ce qu'il ait été levé grâce à la révision des statuts de ces deux territoires du Pacifique³, ce qui explique que des AAI soient maintenant prévues dans les deux outre-mer, ce qui constitue à n'en pas douter une nouveauté institutionnelle d'importance⁴.

En revanche, la délibération calédonienne de 2004 asseyait essentiellement la réglementation économique calédonienne sur la reprise du Titre IV du Livre IV du Code de commerce français. Ces éléments, très coercitifs en ce qu'ils constituent une succession d'interdictions *per se* de pratiques restrictives, et largement éloignés du réel droit de la concurrence, marquaient avant tout une vision assez administrée de l'économie. De ce point de vue, on s'inscrivait alors dans le prolongement d'une perception des mécanismes économiques qui est celle de la Nouvelle-Calédonie depuis longtemps. Ainsi, l'économie calédonienne, à l'image de l'économie polynésienne, se caractérise-t-elle par un interventionnisme économique omniprésent et nombre de mesures de soutien à la production locale, qu'il s'agisse de barrières tarifaires et non tarifaires aux produits concurrents, comme de défiscalisations qui peuvent atteindre des proportions très avantageuses pour leurs bénéficiaires⁵.

La mission de l'Autorité de la concurrence française, réalisée à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait d'ailleurs bien souligné la nécessité de mettre en œuvre un réel droit de la concurrence en pointant les dérives d'une économie asphyxiée par une intervention publique omniprésente sur les marchés⁶. Le Professeur Etienne Wasmer, dans son rapport co-réalisé avec Quentin David à la même période à la demande du Congrès, mettait également en exergue le caractère administré de l'économie calédonienne et ses répercussions en termes de prix (par exemple dans le cas des mesures protectionnistes)⁷.

Les mesures inspirées par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce français – dont certaines existaient en droit calédonien avant même l'adoption de la délibération de 2004 – sont pourtant reprises dans le nouveau droit de la concurrence, ce que l'on peut regretter tant

³ Voir : 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 (éds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540.

⁴ Voir : Menuret J.-J., 2014, « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *La Semaine Juridique*, édition Administrations et collectivités territoriales, n° 20, 19 Mai, pp. 21-26.

⁵ Sur l'analyse du cas polynésien, on pourra consulter le document de travail de l'Agence française de développement, publié par la suite en élargissant la réflexion à la Nouvelle-Calédonie : Venayre F., 2012, « Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien », Document de travail, n° 121, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars ; 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.

⁶ Voir les deux rapports réalisés par l'Autorité de la concurrence lors de cette mission : Autorité de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, Rapporteurs : T. Decruyenaere et P. Sauze, 21 septembre ; Autorité de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, Rapporteur : G. Wibaux, 21 septembre. Pour un commentaire de ces rapports, voir : 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, Juillet-Septembre, pp. 164-170.

⁷ Wasmer E. et David Q., 2012, *Rapport sur la situation économique de la Nouvelle-Calédonie*, Août.

cette partie du Livre IV a fait en France l'objet de critiques nombreuses⁸. On retrouve donc dans le nouveau droit calédonien le découpage du droit français : mesures concernant la transparence des marchés (articles LP. 441-1 à LP. 441-9 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie), volet concernant les pratiques restrictives de concurrence (articles LP. 442-1 à LP. 442-9) et la section intitulée « autres pratiques prohibées » (articles LP. 443-1 à LP. 443-3). On notera d'ailleurs que le législateur calédonien a repris la même numérotation des articles que celle que l'on trouve en métropole. D'une manière générale, la codification du droit calédonien s'est très largement inspirée de celle du droit français. Ainsi, à quelques exceptions près, les articles sont identiquement numérotés dans les deux droits.

La volonté de développer la concurrence sur les marchés, qui préside à l'adoption d'un droit de la concurrence, s'accompagne de la nécessité de libérer les prix. Sans cette souplesse, impossible en effet de laisser jouer pleinement les ajustements tarifaires qui sont propres aux mécanismes concurrentiels. Or, de ce point de vue, on sait que la tradition de contrôle des prix en Nouvelle-Calédonie est bien ancrée⁹ et il n'est donc pas inutile de regarder le traitement réservé à cette question par le nouveau droit.

Certes, les prix sont maintenant réputés libres en Nouvelle-Calédonie (article LP. 410-2), mais le gouvernement continue à pouvoir choisir de les réglementer (LP. 411-1). On sait que ces exceptions au principe général de liberté des prix existent bien souvent, et le droit français n'y déroge pas, mais le législateur calédonien a cependant retenu des modalités d'intervention très larges, également reprises de la délibération de 2004. Ainsi, l'article LP. 411-2 précise par exemple qu'il est possible de fixer les prix ou les marges en valeur absolue ou par application d'un coefficient multiplicateur de marge commerciale. De même, les prix peuvent être placés sous le « régime de la liberté surveillée », c'est-à-dire que les prix doivent être déposés au moins quinze jours avant leur entrée en vigueur auprès de l'administration, ou qu'ils peuvent relever du « régime de la liberté contrôlée », c'est-à-dire qu'ils doivent être soumis à accord préalable du gouvernement. On peut regretter que de telles modalités réglementaires, héritages d'une économie administrée, aient été conservées après l'adoption du récent droit de la concurrence calédonien. On pourrait y voir le signe d'une défiance des autorités calédoniennes à l'égard de l'efficacité des mécanismes concurrentiels ou de la capacité de l'autorité de concurrence calédonienne à favoriser dans le temps l'établissement de prix plus concurrentiels.

Les prix restent ainsi sous haute surveillance en Nouvelle-Calédonie, comme en témoigne également le maintien de deux organes visant à les étudier ou les encadrer. Ainsi, l'observatoire des prix et des marges, créé par la délibération de 2004 (LP. 412-1 à LP. 412-4) a été maintenu, de même que le « comité consultatif des prix », qui était antérieur à la délibération de 2004 elle-même (LP. 411-3 à LP. 411-6).

⁸ On retiendra par exemple la critique fondamentale des économistes Jacques Delpla et Charles Wyplosz : « *La partie du droit actuel de la concurrence (tout le titre IV du Livre IV du Code de commerce et quelques autres articles) qui réprime certaines pratiques commerciales per se, indépendamment de leur impact sur le marché, devrait être abrogée dans son entièreté. Cette partie du droit n'a aucune justification économique ; rien de comparable n'existe ailleurs* » (Delpla J. et Wyplosz C., 2007, *La fin des privilèges*, Hachette, pp. 56-57).

⁹ Les rapports et articles précédemment cités en donnent de nombreux exemples.

2. Une lutte contre les pratiques anticoncurrentielles très inspirée du droit français

Tout droit de la concurrence efficace se doit de reposer sur trois piliers, deux répressifs – interdiction des ententes et des abus de position dominante –, qui constituent la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, et un préventif : le contrôle des concentrations¹⁰. Le nouveau droit calédonien n'échappe pas à ce principe et reprend également à son compte d'autres outils introduits plus récemment en droit français.

Ainsi, en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, le droit calédonien consacre de manière classique l'interdiction des ententes (article LP. 421-1) et des abus de position dominante, mais également celui plus discuté de l'abus de dépendance économique (article LP. 421-2), dans des libellés extrêmement proches de ceux du droit de la métropole. Toutefois, il n'est pas évident que le fait de retenir l'abus de dépendance économique apparaisse comme particulièrement pertinent au regard des spécificités de l'économie calédonienne dans la mesure où cela pourrait conduire, par exemple, les distributeurs calédoniens à développer des stratégies de contournement en limitant la part de marché qu'ils représentent auprès de leurs fournisseurs. L'impact pourrait alors en être des difficultés, pour les producteurs et importateurs locaux, à trouver des débouchés suffisants. Cela pourrait également inciter les plus grands opérateurs du secteur de la distribution au développement de filières directes d'approvisionnement, ce qui mettrait en péril le tissu entrepreneurial amont.

Notons que ces interdictions ne sont pas nouvelles, puisqu'elles existaient déjà depuis la délibération de 2004, mais que cette dernière ne mettant pas en place d'autorité dotée des pleins pouvoirs d'enquête et de sanction (voir 1.), le dispositif n'avait pas eu d'application réelle. Il est probable qu'il en ira différemment à l'avenir et que des conséquences comportementales nouvelles seront alors à en attendre.

La loi calédonienne reprend également l'interdiction des accords exclusifs d'importation nouvellement introduite par la loi REOM¹¹ pour les départements d'outre-mer et certaines collectivités (article LP. 421-2-1). Cependant, il n'apparaît pas immédiat que cette disposition s'avèrera particulièrement utile car les moyens de contourner le dispositif en modifiant le cas échéant les clauses contractuelles, sans pour autant modifier la réalité des approvisionnements, semblent relativement simples à mettre en œuvre et particulièrement difficiles à établir pour l'Autorité¹².

¹⁰ Pour une présentation générale et pédagogique des impératifs de construction d'un droit de la concurrence et des motivations sous-jacentes, voir la première partie du livre : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles, Tahiti, Avril, 308 p. Le cas du contrôle des concentrations sera traité dans le 3. de cet article.

¹¹ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

¹² Voir à ce sujet : Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35,

Les outils introduits en droit français par la réforme de 2001 du droit de la concurrence métropolitain¹³ ont également été reproduits, sans modification, dans le droit calédonien. Ainsi, on retrouve la possibilité de recourir aux engagements (article LP. 464-2, I.), à la clémence (article LP. 464-2, IV.), ou encore à la non-contestation des griefs (article LP. 464-2, III.)¹⁴. Sur ce dernier cas de la non-contestation des griefs, on sait pourtant que son application a pu poser des difficultés d'application car le calcul des sanctions semblait soumis à de fortes incertitudes pour les entreprises, susceptibles de générer une insécurité juridique parfois assez importante¹⁵. L'Autorité de la concurrence française avait d'ailleurs été conduite à cadrer la procédure d'application de ce dispositif par la publication de deux communiqués adéquats¹⁶.

Le volet pénal du droit français est également repris, mais il est modifié selon deux axes (article LP. 421-6). Tout d'abord, une personne physique qui prendrait « *une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre* » d'une pratique anticoncurrentielle peut se voir condamner à une amende d'un montant équivalent à celui prévu en droit français (75 000 euros en France et 8,5 millions de Fcfp en Nouvelle-Calédonie), mais les peines de prison prévues en droit français, et pouvant aller jusqu'à quatre années, ont été supprimées pour la Nouvelle-Calédonie. La seconde modification de ce dispositif par rapport au droit français est qu'il est étendu aux accords d'exclusivité d'importation, alors même que ce n'est pas prévu pour les autres outre-mer concernés par la nouvelle disposition introduite par la loi REOM.

Plus généralement, le législateur calédonien a souhaité retenir pour les auteurs de pratiques anticoncurrentielles des peines d'amendes moins élevées que dans le droit métropolitain. Ainsi, les contrevenants risquent des sanctions deux fois inférieures à celle de la France, le maximum encouru – dans une procédure normale ne faisant pas appel au dispositif de non-contestation des griefs – représentant donc 5 % du chiffre d'affaires, contre les 10 % prévu en métropole. Par ailleurs, le seul chiffre d'affaires pris en considération est celui réalisé en Nouvelle-Calédonie. De la même façon, si le contrevenant n'est pas une

Avril-Juin, pp. 131-140. Pour une analyse des premières applications de différents dispositifs de la REOM, voir : Venayre F., 2014, « Marchés de carburants dans les DOM : évolution de la réglementation et première application de l'article L. 410-3 du Code de commerce », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 142-148 ; et : Venayre F., 2014, « Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.

¹³ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁴ Sur ces outils, voir : Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « L'efficacité économique des programmes de clémence », *Concurrence et Consommation*, n° 146, Juillet, pp. 43-46 ; et, dans le même numéro, Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction », *Concurrence et Consommation*, n° 146, Juillet, pp. 50-56.

¹⁵ On pourra en étudier un exemple concret dans : Venayre F., 2011, « La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 28, Juillet-Septembre, pp. 15-22.

¹⁶ Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires et Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs. Pour une discussion de l'impact de ces précisions apportées par l'Autorité et une application à l'outre-mer français, voir : Venayre F., 2012, « 'Nous, au village, aussi, l'on a, De beaux assassinats'... Ou l'entente saint-pierraise et ses enseignements en matière de sanction et de non-contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 31, Avril-Juin, pp. 16-22.

entreprise, le maximum encouru est de 175 millions de Fcfp, soit un peu moins de 1,5 million d'euros, alors que c'est trois millions pour la métropole.

3. Un renforcement important du contrôle *a priori* des concentrations

A ces éléments de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles s'ajoute la mise en œuvre d'un contrôle des concentrations, qui était jusqu'alors inexistant en droit calédonien. A plusieurs égards, le contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie se différencie sensiblement de celui qui est appliqué en métropole ou dans les autres outre-mer français.

Si la définition d'une concentration reste la même qu'en France (LP. 431-1), la notion de contrôlabilité de la concentration est en revanche profondément modifiée, aussi bien par rapport au droit métropolitain que par rapport à celui qui s'applique dans les outre-mer (LP. 431-2).

Dans le droit français, trois conditions cumulatives sont requises pour soumettre une opération de concentration à un contrôle préalable : le chiffre d'affaires mondial cumulé de l'ensemble des entreprises parties à la concentration doit être supérieur à 150 millions d'euros, le chiffre d'affaires français individuel (d'au moins deux entreprises) doit être supérieur à 50 millions d'euros et l'opération doit échapper au champ d'application du règlement communautaire sur le contrôle des concentrations¹⁷. Les seuils ainsi définis sont par ailleurs abaissés en ce qui concerne le secteur du commerce de détail : le chiffre d'affaires cumulé doit excéder 75 millions d'euros et le chiffre d'affaires individuel doit dépasser 15 millions d'euros.

Dans le cas des territoires ultramarins, ces trois conditions existent également, mais les seuils ont été abaissés, pour tenir compte de la plus faible taille de ces économies. Ainsi, le chiffre d'affaires global est de 75 millions d'euros, et le chiffre d'affaires individuel est de 15 millions d'euros, excepté pour le secteur du commerce de détail, où il est de 5 millions d'euros seulement.

La Nouvelle-Calédonie avait initialement¹⁸ choisi de ne soumettre les opérations de concentration à un contrôle préalable qu'à une seule condition, qui était celle du chiffre d'affaires cumulé, réalisé en Nouvelle-Calédonie, qui avait été abaissé à 600 millions de Fcfp (soit 5 millions d'euros environ), quel que soit le secteur concerné. Dans un second temps¹⁹, il a été décidé d'ajouter à la condition cumulative de 600 millions de Fcfp une seconde condition ainsi libellée : « *deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés par l'opération réalisent, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie* » (article LP. 431-2, I.).

¹⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

¹⁸ Lors de l'adoption de la loi du pays relative à la concurrence du 24 octobre 2013.

¹⁹ Lors de l'adoption de la loi du pays créant l'autorité calédonienne de la concurrence, du 24 avril 2014.

Ce choix amène plusieurs remarques.

La première tient au montant du seuil retenu, qui apparaît particulièrement faible. Le chiffre d'affaires cumulé retenu correspond en effet, comme nous venons de le voir, au chiffre d'affaires individuel pour le secteur du commerce de détail dans les territoires ultramarins. Il y a là, clairement, une volonté du législateur calédonien de donner à l'autorité de concurrence le pouvoir d'exercer un contrôle renforcé sur un spectre très large de modifications des structures de marché. On peut également noter, à cet égard, que le seuil de chiffre d'affaires cumulé retenu ne retient comme seule zone géographique que la Nouvelle-Calédonie, et non l'ensemble du monde, comme c'est le cas habituellement. Ce choix, dont le Conseil d'Etat avait souligné qu'il rendait le droit de la concurrence calédonien inopérant à l'égard d'entreprises ne réalisant aucun chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie, a été maintenu par le législateur calédonien²⁰.

La seconde remarque tient aux critères définis pour établir la contrôlabilité d'une opération. Alors même que, nous l'avons vu, le droit français en retient trois, qu'il s'agisse de la métropole ou de l'outre-mer, la Nouvelle-Calédonie n'en retient que deux, mais qui, par comparaison avec les autres territoires français, n'en constituent en fait qu'un seul. Ce point mérite d'être détaillé plus précisément.

Tout d'abord, la condition concernant le droit communautaire a été supprimée, ce que l'on peut aisément comprendre, la Nouvelle-Calédonie étant au regard du droit européen un PTOM (pays et territoire d'outre-mer) et non une RUP (région ultra-périphérique), c'est-à-dire qu'elle dispose d'une grande autonomie et d'avantages, notamment douaniers. Ce choix semble donc tout à fait cohérent. Observons d'ailleurs que l'article L. 430-2 du Code de commerce français conserve, dans sa partie qui s'applique à certains territoires français de l'outre-mer (III.), une référence à ce critère communautaire, alors même que sont concernés des territoires dont les liens avec l'Union européenne sont divers. Ainsi, on retrouve les départements d'outre-mer (DOM), mais aussi des collectivités (COM) : Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, ou encore Wallis-et-Futuna. Sont ainsi mêlés des PTOM et des RUP, tous réunis sous ce critère défini en fonction du règlement européen, ce qui ne semble pas toujours pertinent. Mais sans doute est-ce surtout, pour le législateur français, une façon de simplifier le libellé de l'article de loi, sans que cela ne crée de difficulté technique particulière en matière de mise en œuvre effective du contrôle des concentrations.

Plus surprenant est en revanche la modification du deuxième critère du droit français, qui concerne le chiffre d'affaires individuel. Afin d'en comprendre la portée, précisons en premier lieu qu'au plan économique, ce critère se justifie pour éviter d'engorger l'autorité de concurrence par l'étude de projets de concentration qui ne sont pas susceptibles de présenter de risques concurrentiels du fait de leur petite taille. En mettant un seuil minimal – 50 millions d'euros en métropole pour l'ensemble des secteurs et 15 millions pour le commerce de détail ; 15 millions en outre-mer pour l'ensemble des secteurs et 5 millions pour le commerce de détail – le législateur s'assure que l'Autorité de la concurrence française ne sera

²⁰ Voir l'avis du Conseil d'Etat (section des finances) n° 387.456 du 2 avril 2013 sur la proposition de loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

pas amenée à contrôler nombre de projets sans intérêt *a priori* pour le fonctionnement concurrentiel des marchés.

Or, le premier texte calédonien ne faisait aucune référence aux chiffres d'affaires individuels, et si le second texte apporte une précision à cet égard, il le fait en modifiant considérablement la prise en compte de cet élément. En effet, la seconde condition de contrôlabilité ajoutée par la loi du pays ne comporte aucune valeur monétaire, contrairement à ce qui existe ailleurs. Théoriquement, le contrôle des concentrations s'applique donc dès qu'un chiffre d'affaires d'un unique franc Pacifique est effectué.

C'est un risque pour le futur contrôle des concentrations calédonien car l'Autorité calédonienne pourrait éventuellement avoir une charge de travail accrue. On peut donc se demander pourquoi le législateur n'a pas pris la sécurité de la définition d'un seuil monétaire du chiffre d'affaires individuel, même relativement faible. Une hypothèse consisterait à penser que le législateur a souhaité se prémunir d'un autre risque, qui est celui des « rachats au fil de l'eau ». On désigne par cette expression les rachats qui tombent précisément en deçà des seuils de contrôlabilité et qui pourraient, le cas échéant, constituer à long terme, s'ils sont répétés, des moyens de constituer des positions dominantes locales susceptibles de générer alors des problèmes de concurrence²¹.

Même si cette justification n'a jamais été apportée sous cette forme lors des débats, l'exposé des motifs de la loi fournit un éclairage, puisqu'il explique le choix fait de la manière suivante : « *sans affecter le niveau de contrôlabilité, qui restera fixé à un niveau très bas, cette modification, en ajoutant un second seuil de chiffre d'affaires individuel au chiffre d'affaires global des entreprises parties à l'opération, permettra de ne capter que les opérations qui auront un impact, même minime, sur la concurrence en Nouvelle-Calédonie, sans contraindre les entreprises à notifier une opération en Nouvelle-Calédonie qui n'aurait strictement aucun effet sur le Territoire* ». On trouve également, un peu plus loin dans l'exposé des motifs, que cette seconde condition est prévue « *afin de ne capter que les opérations susceptibles d'avoir un impact en Nouvelle-Calédonie, même minime, et ne pas viser les opérations qui auraient un impact uniquement à l'étranger* ». Il s'agit donc bien de contrôler toutes les opérations intéressant la Nouvelle-Calédonie, même celles dont l'impact est « minime ».

Ces précisions de l'exposé des motifs montrent de fait la volonté de ne définir aucun seuil individuel quantifié, ce qui semble corroborer notre hypothèse d'empêcher toute forme de rachat au fil de l'eau. Cependant, comme nous le verrons plus loin (5.), le droit calédonien s'est doté de moyens de contrôle *ex-post* qui limitent sensiblement ce genre de risques en pratique et il aurait donc sans doute été préférable de conserver un garde-fou pour éviter une potentielle surcharge de travail inutile. Certes, on notera que selon les services fiscaux, seules treize opérations de concentration auraient été étudiées en 2012 avec le seuil cumulatif de 600

²¹ On pourra trouver un exemple de problèmes posés par des rachats effectués sans notifications préalables avec le marché de la bière. Voir : Venayre F., 2005, « Demi-mesures sur le marché français de la bière », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 4, Août-Octobre, pp. 9-13.

millions retenu²². Peut-être le législateur a-t-il donc pensé que ce faible nombre ne nécessitait pas qu'un seuil individuel soit retenu. Quoiqu'il en soit, aucun contrôle des concentrations n'existant préalablement, peut-être certaines très petites opérations (rachats de faibles montants) n'ont-elles pas pu être comptabilisées. Il n'en reste donc pas moins qu'un second seuil (intégrant une valeur monétaire non triviale) aurait pu apporter une sécurité de principe, d'autant qu'il est complexe de savoir exactement comment le marché calédonien est susceptible d'évoluer sur cette question des concentrations d'entreprises.

Notons également que le texte calédonien ne prévoit aucune distinction en matière de contrôlabilité entre le secteur du commerce de détail et les autres secteurs. C'est compréhensible au regard du faible seuil retenu. Comme nous l'avons souligné, il correspond précisément au seuil individuel défini pour le commerce de détail dans les autres outre-mer, il n'était donc pas nécessaire d'en envisager encore la réduction.

C'est ainsi la nouvelle autorité de la concurrence calédonienne qui se trouve chargée par la loi d'encadrer le contrôle des concentrations. En cela, le législateur calédonien a choisi de reprendre les pouvoirs donnés à l'autorité métropolitaine depuis la réforme de 2009²³, à l'exception de la possibilité ouverte d'une évocation de l'affaire par le gouvernement, sur laquelle nous allons revenir. Toutefois, les délais impartis à l'autorité calédonienne pour se prononcer sur l'opération ont été accrus, sans doute pour tenir compte du fait que l'autorité calédonienne disposera de moins de moyens humains que son homologue métropolitaine (*cf.* 4. ci-dessous).

Ainsi, l'autorité calédonienne dispose de 40 jours ouvrés pour se prononcer sur l'opération de concentration (article LP. 431-5, I.), alors que le texte français ne prévoit que 25 jours. De même, si l'opération fait l'objet d'un examen approfondi (article LP. 431-7), les délais sont là aussi augmentés : 100 jours pour rendre sa décision au lieu de 65 pour l'Autorité française, où, si les parties proposent des engagements, 30 jours au lieu de 20. Les délais sont de la même manière accrus dans le cas où une prescription, une injonction ou un engagement n'est pas respecté (110 jours contre 75 en France – article LP. 431-8, IV.).

En revanche, les délais impartis au déclenchement du pouvoir d'évocation²⁴ ont été réduits (article LP. 431-7-1, II.). Dans des cas exceptionnels présentant des aspects stratégiques, l'autorité politique (le ministre chargé de l'économie en France, ou dans le cas

²² Voir : Akoun E., 2014, « L'intervention publique en Nouvelle-Calédonie », *Revue Française de Droit Administratif*, Mars-Avril, pp. 231-238.

²³ L'article LP. 431-5, III. mentionne cependant que « le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut, par décision motivée », autoriser l'opération de concentration, mais il s'agit sans nul doute d'une erreur de rédaction. La première loi du pays instituant le droit de la concurrence remettait en effet l'ensemble des décisions prises au regard du droit dans les mains du gouvernement, ce qui était d'ailleurs extrêmement contestable. Le vote ultérieur de la loi du pays créant l'autorité calédonienne (une fois la loi organique statutaire révisée pour permettre la création d'autorités administratives indépendantes) a modifié cette première loi en substituant, y compris pour le contrôle des concentrations, la nouvelle autorité calédonienne au gouvernement. Cependant, une erreur s'est glissée dans cet article dans lequel la substitution n'a pas été opérée. Bien que l'ensemble du Livre IV du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie soit donc clair sur le rôle de l'Autorité calédonienne, il serait sans doute opportun de modifier le libellé actuel du III. de l'article LP. 431-5.

²⁴ Sur les questions soulevées par le pouvoir d'évocation, on pourra consulter les débats de l'Atelier politique de la concurrence de la DGCCRF du 18 octobre 2013 : « Le ministre de l'économie, gardien de l'intérêt général dans le contrôle des concentrations : pourquoi ? Comment ? ».

de la Nouvelle-Calédonie le gouvernement) peut « évoquer l'affaire », c'est-à-dire passer outre la décision de l'autorité de concurrence. Alors que le ministre chargé de l'économie, en France, dispose de 25 jours ouvrés pour évoquer l'affaire, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'en a que dix. Sans doute faut-il voir dans la réduction de ce délai une certaine méfiance à l'égard de la forte tradition d'interventionnisme public en Nouvelle-Calédonie, comme nous l'avons déjà souligné dans le premier point de cet article.

A l'appui de cette hypothèse, on peut relever une légère différence entre droits français et calédonien en ce qui concerne la description du pouvoir d'évocation. Les motivations de l'évocation inscrites dans la loi calédonienne reprennent certes le libellé de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce français, précisant ainsi que « *les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi* ». Toutefois, l'exposé des motifs de la loi en donnait une vision plus élargie, ajoutant notamment la diversité culturelle, la sécurité énergétique et d'autres éléments²⁵. Le législateur calédonien semble avoir voulu borner certaines interrogations ou inquiétudes en soulignant le caractère exceptionnel du pouvoir d'évocation, puisqu'il mentionne que le gouvernement « *peut pour des motifs d'intérêt général autre que le maintien de la concurrence et lorsqu'il estime que la décision de l'autorité porterait une atteinte grave et disproportionnée aux intérêts de la Nouvelle-Calédonie dans des cas très exceptionnels, évoquer l'affaire* ». La partie soulignée (par nous) est en effet absente du texte français. On voit bien le choix du législateur calédonien de souligner le caractère rarissime de l'évocation et la nécessité de la justifier par une gravité exceptionnelle. Ce choix, au regard des nombreux débats sur l'ampleur de l'intervention publique en Calédonie, est loin d'être anodin.

Une fois tenu compte des différences précédemment soulignées, la procédure du contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie est organisée de la même manière qu'en France. A noter tout de même, en dernière remarque, que l'équivalent de l'article L. 430-9 du Code de commerce français a été supprimé dans le droit calédonien. Cet article, qui autorise potentiellement le démantèlement d'une concentration déjà réalisée, n'a cependant pas fait l'objet d'application efficace dans le système français²⁶ et le législateur calédonien, compte tenu des mesures d'interventions structurelles qu'il a prévues par ailleurs (cf. point 5. ci-dessous), a sans doute pensé qu'il n'était pas utile de reprendre ce point précis.

²⁵ L'exposé des motifs indiquait en effet que : « *ce pouvoir d'évocation, existant dans la très grande majorité des pays dotés d'une autorité de concurrence, y compris en France, permet au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'intervenir au nom de motifs d'intérêts général tels que l'emploi, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale, la sécurité des ressources d'énergies durables, la diversité culturelle, la pluralité des médias ou la protection de la santé publique* ».

²⁶ Il a été invoqué pour la première fois par le Conseil de la concurrence dans le cadre du marché de l'assainissement et de la distribution d'eau en France en 2002. Pour un rappel de cette procédure, voir : Montet C. et Sélinisky V., 2002, « Le contrôle *a posteriori* des concentrations à l'initiative du Conseil de la concurrence (C. com., art. L. 430-9) », *Revue Lamy Droit des Affaires*, Vol. 55, pp. 5-22. Pour une réflexion plus large sur la problématique du démantèlement d'entreprises et son articulation avec le contrôle *a posteriori* des concentrations, voir : Bougette P. et Venayre F., 2008, « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 121, pp. 9-40.

4. Création d'une autorité administrative indépendante territoriale

Depuis la révision du 15 novembre 2013 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, cette dernière peut constituer des autorités administratives indépendantes dotées de tous les pouvoirs nécessaires pour exercer leurs missions. C'est ce déblocage institutionnel qui a permis au législateur de prévoir une réelle autorité de concurrence nommée Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

Le point clef d'une telle autorité est évidemment son indépendance, aussi bien à l'égard du pouvoir politique que du monde des affaires, ce qui autorise alors également son impartialité²⁷. La loi organique statutaire affirmait la nécessaire indépendance d'une telle autorité en son article 27-1 : « *La composition et les modalités de désignation des membres de l'autorité administrative indépendante doivent être de nature à assurer son indépendance* ». Ce libellé avait été qualifié d'« *affirmation de principe (...) de laquelle il n'y a pas grand-chose à tirer* » par Jean-Jacques Menuret (*op. cit.*), bien que le législateur français ait pris le soin d'imposer une irrévocabilité de ses membres et la nécessaire approbation des nominations par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie à une majorité des trois cinquièmes. L'article 27-1 de la loi organique indique ainsi que : « *Il ne peut être mis fin au mandat d'un membre d'une autorité administrative indépendante qu'en cas d'empêchement ou de manquement à ses obligations, constaté par une décision unanime des autres membres de l'autorité* », tandis que l'article 93-1 stipule que : « *Les membres d'une autorité administrative indépendante créée dans les conditions prévues à l'article 27-1 sont nommés par arrêté du gouvernement. Cette nomination ne peut intervenir que si, après une audition publique du candidat proposé par le gouvernement, le congrès approuve, par un avis adopté à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, la candidature ainsi proposée.* ». La question du financement de principe de l'autorité est également bornée par l'article 27-1 : « *L'autorité administrative indépendante dispose des crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Les crédits ainsi attribués sont inscrits au budget de la Nouvelle-Calédonie* ».

Le législateur calédonien a assorti ces dispositions, visant à permettre l'indépendance de l'Autorité, de garanties de compétences pour les membres du collège. Ainsi, l'article LP. 461-1 prévoit que « *le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, ainsi qu'en raison de son expérience significative en droit et en pratique en matière de concurrence* » et que les autres membres du collège de l'autorité

²⁷ La nécessité de l'indépendance de l'Autorité calédonienne avait d'ailleurs été soulignée par le Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie (CESE) à plusieurs reprises lors débats de 2013 autour des questions de concurrence. Voir : Rapport et avis n° 03/2013 du 7 mars 2013 sur la proposition de loi du pays relative au contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie et sur la proposition de loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie ; Rapport et avis n° 34/2013 du 28 novembre 2013 sur la proposition de loi du pays portant création d'une Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ; Rapport et avis n° 38/2013 du 13 décembre 2013 sur l'avant-projet de loi du pays 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.

sont « *désignés en raison de leur expérience significative en matière juridique ou économique* », selon des expressions très proches de celles utilisées en droit français pour la nomination des membres du collège de l'Autorité de la concurrence.

En revanche, le nombre des membres du collège de l'Autorité a été considérablement restreint, pour tenir compte de la faible taille du territoire. Ainsi, le collège est composé de quatre membres seulement, dont le président de l'Autorité (contre 17 en France). De même, un seul vice-président est nommé, contre quatre en France. La durée de leur mandat est identique à celle de la France, soit cinq ans, et ils sont renouvelables selon les mêmes conditions : sans limitation pour les membres et avec un seul renouvellement pour le président. Notons par ailleurs qu'alors que la loi française prévoit certaines indications quant aux profils des membres du collège de l'Autorité²⁸, ce n'est pas le cas en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, on pourrait penser que le spectre de recrutement des membres de l'Autorité est plus large, ce qui pourrait se justifier par la rareté du capital humain dans les petits territoires insulaires.

Pourtant, cette première lecture ne saurait rendre compte de la difficulté exacte de la nomination du collège de l'Autorité de Nouvelle-Calédonie. En effet, la loi statutaire calédonienne liste, pour les membres d'une autorité administrative indépendante, des règles d'incompatibilité qui pourraient s'avérer particulièrement gênantes en ce qui concerne l'Autorité calédonienne de la concurrence. L'article 27-1 de la loi organique dispose ainsi que : « *La fonction de membre d'une autorité administrative indépendante est incompatible avec tout mandat électif, tout autre emploi public et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur dont ladite autorité assure la régulation.* ». Evidemment, on comprend bien l'ambition du législateur français, qui est celle de tenter de garantir que les AAI calédoniennes seront effectivement indépendantes de tout pouvoir, politique comme industriel. Cependant, cela impose en l'espèce à tout membre de l'Autorité calédonienne de ne plus exercer d'autres fonctions, en entreprise ou dans le secteur public²⁹.

Or, l'article LP. 461-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie décrit ainsi les postes des membres de l'Autorité : « *Le président (...) exerce ses fonctions à plein temps. Outre son président, le collège comprend trois membres non permanents* ». Seul le président est donc employé à temps plein au sein de l'Autorité. Pour ce dernier, les règles d'incompatibilité fixées par la loi organique ne représentent donc pas nécessairement un écueil redoutable à son recrutement. En revanche, dans le cas des trois autres membres (dont le vice-président), la non-permanence pourrait inciter les candidats potentiels à renoncer à leur désir de siéger au sein de l'Autorité, qui ne leur fournirait qu'un emploi partiel et, dès lors,

²⁸ Ainsi, six sont des membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou financières, cinq sont issus du monde des affaires, cinq sont des personnalités « *choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation* », ce qui, en plus du président « *nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique* », permet de constituer les 17 membres du collège de l'Autorité de la concurrence française.

²⁹ Jean-Jacques Menuret (*op. cit.*) a cependant qualifié ces incompatibilités de « *régime sommaire* », regrettant que la loi organique ne fixe pas plus avant les règles d'organisation, de déontologie ou de fonctionnement des futures AAI calédoniennes.

peut-être insuffisamment rémunéré au regard des compétences qui leur sont demandées et de leur possibilité de valoriser ces compétences à des conditions plus favorables dans d'autres emplois à plein temps de la fonction publique ou du monde des affaires.

Une nouvelle fois, on comprend bien que le législateur français ait voulu garantir les conditions d'une indépendance réelle de l'AAI. La petite taille de l'économie calédonienne renforce d'ailleurs cette nécessité, les connexions entre les différents acteurs étant plus aisées à établir que dans une grande économie. Le législateur calédonien, lui-même, semble être vigilant sur la question de l'indépendance des membres puisqu'il a fixé, dans l'article LP. 461-2 qui établit les conditions d'information des éventuels intérêts économiques et de délibération des membres de l'Autorité, des conditions un peu plus rigoureuses que celles qui sont applicables en France. Ainsi, « *Tout membre de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. Il doit également informer le président de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de toute fonction rémunérée qu'il a eue durant les cinq dernières années au sein d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité à but lucratif en Nouvelle-Calédonie, ainsi que de toute fonction de conseil qu'il a eue, directement ou indirectement, au bénéfice d'une telle entreprise. Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées.* ». La partie soulignée (par nous) constitue en effet un ajout par rapport au droit français (article L. 461-2). C'est d'ailleurs pour tenir compte d'éventuelles impossibilités de délibérer que le Code de commerce calédonien prévoit que l'Autorité siège en formation de trois membres, sur les quatre personnalités du collège, le président devant cependant être présent aux délibérations (article LP. 461-3).

S'il ne fait donc pas de doute que le législateur, français comme calédonien, a voulu rassurer quant à l'indépendance de l'Autorité, l'articulation entre les règles d'incompatibilité émises par la loi organique et le critère de non-permanence des membres fixé par la loi du pays soulève néanmoins une interrogation et il ne faudrait pas que cela devienne une barrière à la mise en place de l'Autorité ou à son niveau de compétence. Il conviendra ainsi d'être prudent dans la désignation des membres du collège.

Le fonctionnement de l'Autorité calédonienne est ensuite conçu par la loi en se calquant sur le système français. L'autorité calédonienne dispose donc d'un service d'instruction dirigé par un rapporteur général, nommé pour cinq ans et renouvelable une fois (et soumis à l'approbation aux trois cinquièmes du Congrès, comme pour le président). Il est soumis également à certaines incompatibilités : tout mandat électif, tout autre emploi public, toute détention d'intérêts (directe ou indirecte) dans une entreprise d'un secteur dont l'Autorité « *assure la régulation* » (article LP. 461-4).

Les attributions de l'Autorité, ainsi que la procédure, sont donc les mêmes qu'en France. Notamment, les sanctions doivent comme pour la métropole être proportionnées à la gravité des faits, l'importance du dommage à l'économie, la situation de l'entreprise en cause, l'éventuelle réitération des pratiques. Elles sont aussi déterminées individuellement et de façon motivée (article LP. 464-2).

5. La « résorption des situations soulevant des préoccupations de concurrence »

Une des grandes innovations du droit de la concurrence calédonien réside dans la reprise, modifiée, de la notion d'injonction structurelle, visant à « résorber » les situations soulevant des préoccupations de concurrence, c'est-à-dire à autoriser l'Autorité calédonienne de concurrence à avoir une action *a posteriori* sur les structures de marché, le cas échéant en contraignant les entreprises à céder des actifs.

L'article LP. 422-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose ainsi que : « *En cas d'existence d'une position dominante détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés, que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique, en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné, ou lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises détient, dans une zone de chalandise, une part de marché dépassant 25 %, représentant un chiffre d'affaires supérieur à 600 000 000 Fcfp* », l'Autorité pourra « *faire connaître ses préoccupations de concurrence* ». Est alors prévu que l'entreprise puisse proposer des engagements. A l'issue de cette proposition, si l'Autorité estime qu'ils « *ne lui paraissent pas de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence* », elle peut lui « *enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier (...) tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les pratiques constatées en matière de prix ou de marges* ». Elle peut aussi lui « *enjoindre de procéder à la cession d'actifs si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective* ».

On voit donc que le législateur calédonien, par l'adoption de cet article, a fait le choix de pouvoir sanctionner directement la position dominante d'une entreprise, sans qu'il soit nécessaire d'établir que cette entreprise avait préalablement commis un abus de position dominante. Le droit calédonien diffère en cela du droit applicable en métropole (article L. 752-26 du Code de commerce français) et reprend l'idée qui avait été introduite par la loi REOM pour l'outre-mer (article L. 752-27).

Notamment, les « *préoccupations de concurrence* » qui sont invoquées pour le déclenchement de la procédure doivent être justifiées par des conditions « *de prix ou de marges élevés (...) en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné* », ce qui est l'exact libellé de l'article L. 752-27 introduit par la loi REOM. Nous avons déjà souligné, lors de l'adoption de la loi REOM, que pour des territoires de petite taille ou éloignés, l'appréhension de cette notion de moyenne n'était pas sans poser de problème car elle pourrait conduire à comparer des situations suffisamment

diverses pour que leur sens économique n'en soit pas avéré³⁰. Il en va de même, ici, pour le cas de la Nouvelle-Calédonie.

S'il existe donc, concernant les injonctions structurelles, des similitudes entre les droits calédonien et ultramarin, les deux se distinguent cependant à plusieurs titres, qui ne sont pas sans poser quelques questions. Nous relèverons à cet égard quatre différences entre les deux droits qui font globalement des injonctions structurelles calédoniennes une procédure plus sévère encore que celle qui a été mise en vigueur dans les autres territoires ultramarins en 2012.

La première distinction est l'adjonction par le législateur calédonien d'une seconde condition au déclenchement de la procédure des injonctions structurelles. Ainsi, en plus de l'existence d'une position dominante, l'injonction structurelle peut être invoquée également « *lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises détient, dans une zone de chalandise, une part de marché dépassant 25 %, représentant un chiffre d'affaires supérieur à 600 000 000 Fcfp* ». Le mécanisme va donc plus loin que la volonté de résorber des situations de position dominante qui seraient susceptibles de générer des abus anticoncurrentiels, puisqu'une simple part de marché de 25 % suffit (avec une condition minimale de chiffre d'affaires). On notera que cela permettra à l'Autorité calédonienne de ne pas avoir à prouver la position dominante de l'entreprise incriminée, ce qui représente évidemment une nouveauté en matière de droit de la concurrence, mais ce qui constitue aussi une importante insécurité juridique pour les entreprises. La seule façon de se couvrir contre le risque éventuel de se voir imposer l'injonction structurelle est donc de ne pas dépasser une part de marché de 25 %. Au plan de l'efficacité économique, on voit bien, dès lors, les dangers d'une telle mesure qui pourrait conduire à long terme certains opérateurs à brider leur croissance. Cet impact potentiel n'est d'ailleurs pas fortuit puisqu'aucune étude économique ne vient justifier l'adoption d'un seuil de 25 % par le législateur calédonien. Il est donc vraisemblable qu'il faille y voir un désir sous-jacent d'avoir à terme quatre opérateurs par marché, et ce alors même qu'il est pourtant démontré par la théorie économique que des conditions de symétrie des entreprises favorisent l'émergence d'équilibres de collusion³¹.

La seconde différence entre les deux droits est que les injonctions structurelles ne sont plus seulement limitées au secteur du commerce de détail. Alors que l'article français (L. 752-27) précise que la position dominante est « *détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail* », ce qui implique

³⁰ Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en Outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *op. cit.*

³¹ Notons également, au sujet du libellé de l'article, qu'il est insuffisamment sécurisé. En effet, même si l'intention du législateur semble être de n'intervenir qu'en cas de « préoccupations de concurrence », une autre lecture en est possible. En effet, l'article LP. 422-1 indique que : « *En cas d'existence d'une position dominante détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés, que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique, en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné, ou lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises détient, dans une zone de chalandise, une part de marché dépassant 25 %, représentant un chiffre d'affaires supérieur à 600 000 000 Fcfp* ». Les parties soulignées (par nous), peuvent aussi être lues de telle sorte que les préoccupations de concurrence ne sont nécessaires pour invoquer l'injonction structurelle que dans le cas d'une position dominante et non lorsque la part de marché est supérieure à 25 %.

clairement que seul ce secteur est concerné par les injonctions structurelles, aucune mention de ce type n'existe dans le droit calédonien. Certes, on a vu dans l'alinéa précédent qu'il était fait référence à une « *zone de chalandise* », ce qui renvoie implicitement à une activité commerciale. Mais l'intention d'aller au-delà du commerce de détail est claire (comme nous allons le revoir dans l'alinéa suivant). L'exposé des motifs du projet de loi du groupe Calédonie Ensemble, du 7 février 2012, précisait d'ailleurs explicitement : « *nous avons supprimé la mention du commerce de détail, afin de ne pas limiter l'application de cet article à ce seul secteur* ».

La troisième différence est que le droit calédonien ajoute une précision quant à la conception des parts de marché utilisées dans le cadre de la procédure. Ainsi : « *La part de marché mentionnée (...) est évaluée selon le chiffre d'affaires réalisé dans le secteur d'activité et sur la zone de chalandise concernée. Toutefois, dans le secteur du commerce de détail, la part de marché est réputée proportionnelle aux surfaces commerciales exploitées* ». On voit bien, en référence à ce qui vient d'être expliqué, que la mesure s'applique au-delà du commerce de détail. Mais surtout, pour ce dernier secteur, le parallèle est effectué entre la part de marché et la surface commerciale des magasins, alors même que c'est un critère de chiffre d'affaires qui est habituellement retenu. Sans doute le législateur a-t-il voulu se prémunir contre une potentielle absence de données en matière de chiffre d'affaires, mais le critère retenu ne reflètera qu'une partie seulement de la réalité économique. On sait par exemple que l'appréhension des parts de marché dans le secteur de la distribution alimentaire, selon que l'on raisonne en termes de chiffres d'affaires ou de surfaces commerciales, fournit des résultats très différents³². On sait également que la part de marché est très sensible à la définition exacte du marché retenue. De plus, dans le cas de la distribution à dominante alimentaire, le chiffre d'affaires dépendra aussi de l'organisation des magasins : selon la part de linéaire réservée à telle ou telle catégorie ou gamme de produits, les résultats globaux seront affectés. En présumant un lien direct entre part de marché et surface commerciale, le législateur calédonien a sans doute voulu accroître l'efficacité de la procédure des injonctions structurelles, mais il tend aussi à s'éloigner de ce qui fait l'essence d'un droit de la concurrence juste et efficace au plan économique, c'est-à-dire l'étude des situations au cas par cas, sans déconnexion avec les réels effets de marché.

La dernière modification par rapport au droit ultramarin consiste en la suppression d'un membre de phrase de l'article L. 752-27. Cet article précise en effet que la décision d'injonction ou de cession d'actif de l'Autorité de la concurrence française, lorsque les engagements de l'entreprise sont absents ou jugés insuffisants, doit être « *prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises concernés et à l'issue d'une séance devant le collège* ». Cette précision a disparu du droit calédonien, ce qui peut paraître regrettable dans la mesure où elle rappelait la nécessité du contradictoire dans une procédure par ailleurs d'une sévérité notable.

L'ensemble de tous ces éléments fait des injonctions structurelles calédoniennes un dispositif qui s'éloigne sensiblement de la version en vigueur dans les autres outre-mer.

³² Le cas polynésien en est une bonne illustration. Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, op. cit., Chapitre 9.

Pourtant, cette version ultramarine avait déjà été jugée sévère par rapport au droit s'appliquant à la métropole et il faut rappeler qu'elle n'a été adoptée qu'en novembre 2012 et n'a donc encore jamais fait l'objet d'une application. Nous ne disposons donc d'aucun recul quant à son impact. Par ailleurs, notons que l'outil des injonctions structurelles ultramarines a été confié à l'Autorité de la concurrence française, dont l'expérience, l'indépendance et le professionnalisme ont pu être mis à l'épreuve depuis de nombreuses années. A l'inverse, la constitution de l'Autorité calédonienne est encore inconnue et on peut être circonspect quant à la décision d'avoir doté une jeune autorité d'un tel moyen de rétorsion.

6. Une innovation en matière d'urbanisme commercial

Une autre grande innovation du jeune droit de la concurrence néo-calédonien concerne le traitement de l'urbanisme commercial, c'est-à-dire du système des autorisations *ex-ante* de création ou d'extension de surfaces commerciales. Certes, le contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial n'est pas une nouveauté en droit français³³, cependant, le droit calédonien innove là encore à plusieurs égards.

Tout d'abord, l'étendue des opérations contrôlées est considérablement élargie par rapport au droit national. Ainsi, sont concernées par ce contrôle toutes les opérations de création et d'extension dans le secteur du commerce de détail au-delà d'un certain seuil de surface commerciale, comme c'est généralement le cas en matière d'urbanisme commercial, mais sont aussi concernés les changements d'enseigne ou de secteur d'activité, ainsi que les reprises, excepté dans le cas où elles relèvent du contrôle des concentrations. Le seuil choisi pour déclencher la procédure de contrôle dans l'ensemble de ces situations a été fixé à un niveau faible, de 350 m² (article LP. 432-1). On notera qu'il s'agit d'un choix encore inférieur aux préconisations de l'audit du système économique calédonien réalisé par l'Autorité de la concurrence française, puisque cette dernière retenait un seuil de 600 m²³⁴.

Ainsi, les conditions de contrôle sont donc plus strictes, mais cet aspect ne s'éloigne jusqu'ici pas fondamentalement de la conception classique du contrôle de l'urbanisme commercial. Deux autres aspects, liés l'un à l'autre, sont en revanche plus surprenants. Le premier est que le contrôle est effectué directement par l'Autorité de la concurrence calédonienne et non, comme c'est habituellement le cas, par une commission *ad hoc* d'urbanisme commercial. Le second est que les critères fixés pour étudier l'opération sont des critères économiques, ce qui, là encore, s'éloigne des critères environnementaux ou d'aménagement du territoire qui président habituellement au contrôle de l'implantation des surfaces commerciales, ce qui est par ailleurs cohérent puisque c'est précisément la fonction et la compétence d'une autorité de concurrence. Nous allons reprendre ces questions.

³³ Voir : 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, Novembre, pp. 174-181.

³⁴ Voir : Autorité de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, points 223 et 227.

La procédure du contrôle des exploitations commerciales qui est mise en œuvre par le droit calédonien est largement inspirée du contrôle des concentrations. Le contrôle prend par exemple la forme classique d'un système de notification préalable auprès de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (article LP 432-2). Cette dernière peut autoriser l'opération ou non, une procédure d'engagement étant également prévue. Elle peut aussi « *si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence* », déclencher un examen approfondi de l'opération (Article LP. 432-3). Le I. de l'article LP. 432-4 fixe alors des critères exclusivement économiques pour procéder à cet examen approfondi. Dans ce cas, en effet, l'Autorité « *examine si cette opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique* ». De même, elle « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* ».

L'utilisation de critères économiques en matière d'aménagement commercial est un phénomène récent en droit français, puisqu'elle a été introduite par la loi REOM pour les territoires ultramarins³⁵. L'article L. 752-6-1 du Code de commerce français stipule ainsi que « *la commission [d'urbanisme commercial] tient compte de la puissance économique déjà détenue dans la zone par l'entreprise qui sollicite une autorisation d'exploitation commerciale. Si sa part de marché, calculée en surface de vente, est susceptible de dépasser 50 % de la zone de chalandise après l'opération, la commission peut demander l'avis de l'Autorité de la concurrence* ». On voit donc que si le droit calédonien s'inspire de cette notion nouvelle, il va en revanche bien plus loin car ce n'est plus la commission d'urbanisme commercial qui statue *in fine*, mais bien l'Autorité de la concurrence. Ainsi, alors que les critères non économiques sont encore très présents dans la justification de la décision finale pour les outre-mer, ce n'est plus le cas en Nouvelle-Calédonie. Par ailleurs, la notion d'atteinte à la concurrence est plus explicite dans le droit calédonien et l'ensemble des opérations sont concernées, tandis qu'un critère de grande taille est imposé pour les autres territoires, puisqu'il faut détenir plus de 50 % de la zone de chalandise pour pouvoir consulter l'Autorité, l'avis de cette dernière n'étant, rappelons-le, que consultatif.

Même si l'on peut comprendre la démarche du législateur calédonien et la volonté de se prémunir contre la potentielle création de positions dominantes locales susceptibles de soulever par la suite des problèmes de concurrence, il n'en reste pas moins que ces nouveautés du droit calédonien posent un certain nombre d'interrogations quant à leur application. En effet, le caractère profondément nouveau du dispositif mis en place a différentes implications qui rendent complexe l'évaluation de son efficacité.

Le fait que l'Autorité soit en charge de l'étude des projets d'urbanisme commercial implique ainsi qu'elle ne pourra disposer d'aucune jurisprudence en la matière sur laquelle

³⁵ Pour une analyse détaillée de cette nouvelle prise en compte des critères économiques en matière d'urbanisme commercial et une étude de la première application de ce dispositif sur l'île de Saint-Barthélemy, voir : Venayre F., 2014, « Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 41, Octobre-Décembre.

s'appuyer puisque les projets sont communément étudiés sur la base de critères non économiques et par des commissions d'urbanisme commercial. Ce sera donc à elle de tracer sa propre voie, en dépit de sa jeunesse et de son inexpérience. Par ailleurs, l'utilisation des seuls critères économiques est loin d'être évident car il s'agit en l'occurrence de croissance interne des entreprises. Le cas de la croissance externe des entreprises pose des questions concurrentielles immédiates, puisqu'il implique la disparition d'un concurrent sur le marché ; c'est d'ailleurs pour cela que le contrôle *a priori* des concentrations se justifie pleinement. Dans le cas de croissance interne, il s'agit de porter un jugement sur le devenir du développement de l'entreprise, ce qui est plus ardu. Comment, en effet, articuler les arguments d'efficacité de l'entreprise et d'évaluation du risque concurrentiel ? L'outil risque de se transformer en l'impossibilité d'acquérir une position dominante, ce qui semble être effectivement l'esprit au regard de l'ensemble de la loi et comme le montre par exemple la notion calédonienne des injonctions structurelles. Mais nous avons également vu que ces injonctions dépassaient la simple idée de la position dominante pour s'étendre à des parts de marché supérieures à 25 %, considérées sans justification explicite comme potentiellement préjudiciables. En élargissant cette conception à l'urbanisme commercial, défendrait-on réellement le pouvoir d'achat des consommateurs ? Cela dit, le fait de réintroduire des critères économiques dans le traitement de l'urbanisme commercial peut aussi apparaître pertinent sur de petits territoires. De même, le caractère politique de certaines autorisations accordées (ou refusées) par le passé, montre aussi que pour des économies insulaires, un système indépendant d'octroi des autorisations commerciales serait intéressant. Sur ce point encore, il conviendra d'être extrêmement vigilant sur le comportement de la nouvelle Autorité calédonienne, dont la future mission s'avère dense.

Conclusion

La Nouvelle-Calédonie rejoint enfin le reste de la République en matière de législation sur la concurrence³⁶, ce dont il faut se féliciter, particulièrement compte tenu de l'âpreté des débats politiques et sociaux qui ont finalement permis de déboucher sur cette importante réforme. Elle n'abdique pour autant en rien la forte spécificité que son statut lui autorise. C'est donc un droit de la concurrence novateur sur bien des points qui vient d'être voté par les élus calédoniens.

Une innovation cependant, était espérée par certains observateurs dont nous sommes, et reste absente du texte final. Il s'agit de la transmission de la régulation des industries de réseau à l'Autorité de la concurrence. On connaît les innombrables problèmes posés dans les îles par les tarifs de services comme la téléphonie, l'Internet, l'électricité, les transports... qui participent largement à la « vie chère », alors même que les régulations publiques sont souvent défaillantes. Le fait de concéder à une autorité indépendante la régulation de ces

³⁶ Accompagnée par la Polynésie française.

secteurs, en prévoyant des partenariats avec d'autres autorités sectorielles extérieures au territoire, par exemple métropolitaines, aurait été un progrès sensible.

Mais d'autres innovations existent dont, nous l'avons vu, le contrôle des concentrations d'entreprises qui se voit extrêmement renforcé. Le spectre des opérations qui devront être notifiées puis étudiées par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est considérablement élargi, dans un but explicite de lutter contre l'établissement ou le renforcement de positions dominantes. L'étude des opérations d'urbanisme commercial, elle-même, a été transférée à l'Autorité de la concurrence, qui statuera dorénavant sur des critères économiques stricts. Là encore, la volonté de lutter contre les dominations est explicite. Enfin, dans les cas où les positions dominantes sont déjà constituées, le mécanisme de l'injonction structurelle a lui aussi été considérablement durci par le législateur calédonien.

Le droit calédonien innove donc, mais il affirme aussi un caractère profondément répressif qui n'est pas sans soulever des interrogations, voire des inquiétudes, quant à la future action de l'Autorité. Nous retiendrons ici trois interrogations principales.

La première tient à la conception de la domination. Si tout le nouveau droit renforce les outils de lutte contre les risques liés aux positions acquises, qui sont sans conteste un élément clef des systèmes économiques ultramarins, on voit qu'il ne s'agit plus seulement de sanctionner les abus, mais bien les positions dominantes elles-mêmes. Plus encore, de simples parts de marché considérées comme élevées (soit supérieures à 25 % dans la conception calédonienne) seront susceptibles d'essuyer de sévères sanctions, allant jusqu'à l'obligation de revendre des actifs, ce qui n'est pas sans présenter quelques craintes en termes d'efficacité économique.

Notre deuxième interrogation est qu'en voulant systématiquement renforcer la possibilité pour l'Autorité calédonienne d'arriver plus sûrement à ses fins, le droit s'éloigne à certains égards de la conception classique du droit de la concurrence qui vise à sanctionner des comportements anticoncurrentiels avérés et dont les effets néfastes ont été établis. Une telle conception porte en elle des risques de dérapages dont il faudra savoir se garder pour éviter de verser dans une conception dogmatique du droit. Ce risque, au regard de la tradition interventionniste et réglementaire du pouvoir calédonien, ne devrait pas être sous-estimé.

Enfin, la troisième interrogation porte sur l'Autorité elle-même. On le voit, toute l'efficacité et la pertinence du système va reposer sur son appréciation des situations et sa façon d'appliquer le droit dont on lui a transféré la charge, avec plus ou moins de mesure et d'intelligence économique. Espérons des nominations, puis un fonctionnement, qui soit à la hauteur de l'importance des enjeux.