

Observations du Congrès

Décision n° 2013–3 LP du 01 octobre 2013

Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle–Calédonie

Observations du Congrès

FAITS

I.

Les émeutes qui ont marqué le début de l'année 2009 aux Antilles françaises ont attiré l'attention du pays tout entier sur le problème du coût de la vie dans les territoires ultra-marins.

La Guyane avait lancé le mouvement en décembre 2008, avant d'être relayée par la Guadeloupe (qui a connu 44 jours de grève générale entre le 20 janvier et le 5 mars 2009), puis la Martinique et la Réunion.

Les mesures de soutien décidées dans l'urgence (prime pour les bas salaires, gel des loyers, baisse des prix de certains produits comme les transports, les carburants, les produits de première nécessité ...) ont, un temps, permis de calmer la colère des ultra-marins les plus pauvres, sans pour autant modifier en profondeur la situation.

A l'automne 2011, c'est Mayotte qui s'est embrasée pour des raisons identiques, la Réunion, qui avait déjà connu des manifestations en 2009, connaissant une nouvelle flambée de violence en février 2012.

Si chacun de ces territoires présente des caractéristiques qui lui sont propres, ils partagent une exaspération profonde contre « la vie chère », expression désormais consacrée.

La Nouvelle–Calédonie n'échappe pas à ce mouvement de revendication. Tout récemment encore, elle a connu 12 jours de grève générale, jusqu'à la signature, le 27 mai 2013, d'un protocole d'accord, décidant notamment une baisse de prix immédiate de 10% sur 500 services, produits alimentaires et produits d'hygiène, le gel général des prix jusqu'à décembre 2014, l'instauration d'un Observatoire des prix et des marges et la mise en place d'une taxe générale sur l'activité (TGA) devant remplacer une série d'autres taxes.

La situation de ce territoire est cependant particulière à plusieurs égards :

– son degré d'autonomie par rapport à la métropole, bien sûr, depuis la signature et la mise en oeuvre progressive des accords de Matignon signés le 26 juin 1988 et l'accord de Nouméa du 5 mai 1998,

– une économie particulièrement peu soumise au libre jeu de la concurrence, dans laquelle le marché de la distribution de produits de grande consommation « est dominé par deux grands groupes de distribution qui cumulent ensemble près de 85 % des parts de marché dans le secteur du Grand Nouméa » (« rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle–Calédonie » du 21 septembre 2012, 218, p. 59, auquel il sera ultérieurement fait référence sous le vocable « rapport AC importation–distribution »),

– un niveau des prix particulièrement élevé qui place la Nouvelle–Calédonie entre le 2ème et le 3ème pays les plus



chers du monde selon le classement par l'indice « Big Mac » (1),

– un encadrement de l'économie excessivement développé, avec des mesures protectionnistes de nature tarifaire ou quantitative (mécanismes de quotas), destinées à protéger l'agriculture et l'industrie locales (rapport AC « importation–distribution », 29 et s., pp. 12 et s.),

– une croissance économique soutenue (taux annuel moyen de l'ordre de 3,5 % entre 1998 et 2009), un taux de chômage faible et des richesses propres qui font du territoire une exception dans le monde ultra–marin (« rapport de l' Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle–Calédonie » du 21 septembre 2012, 18, p. 7, voir également 66, p. 16, auquel il sera ultérieurement fait référence sous le vocable « rapport AC structures de contrôle »).

La cherté de la vie est devenue particulièrement préoccupante, faisant craindre à tout moment des mouvements sociaux de plus en plus difficiles à maîtriser.

En complément de l'indice « Big Mac » mentionné plus haut et très parlant, on peut évoquer le relevé de prix que réalise l'antenne calédonienne de l'UFC – Que choisir chaque année sur des produits de marque nationale, en comparant ces relevés avec ceux effectués par l'UFC – Que choisir en métropole. Le surcoût moyen de ces produits en Nouvelle– Calédonie, par rapport à celui constaté en métropole, toutes régions confondues, s'établissait à 72 % en 2007, à 96 % en novembre 2010, à 103 % en septembre 2011 et à 117% en septembre 2012 (2).

On peut enfin citer l'étude (3) publiée en octobre 2012 par le CEROM (qui regroupe l'IEOM, l'AFD et l'ISEE), qui a montré que le panier type de produits et de services, représentatif de la consommation des ménages métropolitains, est en Nouvelle–Calédonie 49% plus cher qu'en métropole.

Le constat le plus préoccupant concerne les produits alimentaires : « Un métropolitain avec ses habitudes alimentaires paierait 89% de plus s'il consommait à l'identique en Nouvelle–Calédonie. (. . .) Le surcoût des produits alimentaires est un phénomène commun à l'ensemble des géographies ultra–marines. Toutefois, les écarts en Nouvelle–Calédonie sont nettement plus marqués que dans les DOM (de 34% en Guadeloupe à 49% en Guyane) et même qu'en Polynésie française (+75%) ».

Ce niveau de prix s'explique par un certain nombre de facteurs (faible productivité de la production locale du fait de la taille du marché, coûts d'acheminement des produits importés et taxes à l'entrée sur le territoire . . .) mais le plus important d'entre eux est la faiblesse de la concurrence, déjà soulignée. Pour citer l'Autorité de la concurrence, « l'économie calédonienne est une économie protégée de la concurrence extérieure comme de la concurrence intérieure » (« rapport AC structures de contrôle »,

18, p. 7, voir également 66, p. 16).

Il devenait donc urgent d'agir.

Dans un premier temps, le gouvernement de la Nouvelle–Calédonie a sollicité, par une convention du 14 février 2012, la réalisation par l'Autorité de la concurrence de deux études portant respectivement sur les mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation et sur l'organisation des structures de contrôle en matière de concurrence.

Ces rapports, remis le 21 septembre 2012 et déjà évoqués, émettaient un certain nombre de préconisations.

S'agissant des conditions d'importation et de distribution, l'Autorité de la concurrence recommandait la transformation

des protections de marché quantitatives (quotas) en protections tarifaires, la suppression de certains droits de douane, une sélectivité accrue dans l'octroi des mesures protectionnistes, l'amélioration du fonctionnement de la concurrence sur les marchés de détail et l'abandon du contrôle des prix . . . (« rapport AC importation distribution », pp. 47 et s.). Elle soulignait néanmoins l'impact qu'une réforme en profondeur du système calédonien était susceptible d'entraîner (perte de recettes très importante liée à la suppression des taxes, risque réel de faillite des entreprises locales insuffisamment préparées à une ouverture de l'économie aux importations (voir ce rapport, 170, p. 47)).

La remise en cause du système devait donc se faire de façon progressive.

Quant au rapport « structures de contrôle », il invitait le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à mettre en place un véritable dispositif de contrôle en matière de concurrence, en se dotant à la fois d'une réglementation et d'un organe de contrôle (voir ce rapport, pp. 20 et s.).

Décidé à ne pas laisser ces rapports demeurer lettre morte, le groupe « Calédonie Ensemble » a déposé au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, en février 2013, une proposition de loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

Cette proposition de loi comportait les dispositions suivantes :

- mise en place d'un contrôle a priori des opérations de concentration (croissance externe des entreprises),
- mise en place d'un contrôle de l'augmentation des surfaces commerciales par création ou extension (croissance interne des entreprises),
- mise en place d'un dispositif de contrôle de la situation existante, avec possibilité d'adresser des injonctions structurelles (imposant, par exemple, des cessions d'actifs pour restaurer la concurrence),
- définition des règles applicables aux pouvoirs d'enquête, aux procédures d'instruction et aux sanctions.

Le texte a été soumis pour avis au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, au conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, à l'Autorité de la concurrence ainsi qu'au Conseil d'Etat (section des Finances).

Au terme de ces consultations, le projet a été partiellement modifié pour en tenir compte, notamment sur le niveau des seuils entraînant l'application du dispositif de contrôle, et adopté, en première lecture, le 3 mai 2013.

A la demande d'élus dans les conditions prévues par l'article 103 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (loi relative au statut de la Nouvelle-Calédonie), le texte a fait l'objet d'une seconde délibération et a été adopté le 25 juin 2013.

C'est ce texte que la présidente de l'Assemblée de la Province Sud a soumis à la censure du Conseil constitutionnel, par un mémoire déposé au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie comme le prévoit l'article 104 de la loi organique.

Cette saisine appelle, de la part du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, les observations qui suivent.

DISCUSSION

II.

Le recours conteste la conformité à la Constitution des articles 2, 10 à 15, 16 et 24 de la loi du pays relative à la concurrence, en faisant valoir :

– que l'article 2 porte atteinte à la liberté d'entreprendre, une atteinte qui ne serait ni justifiée par un motif d'intérêt général en rapport avec l'objectif poursuivi par la loi, ni proportionnée audit objectif ;

– que les articles 10 à 15 méconnaissent les règles gouvernant la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces et portent, eux aussi, à la liberté d'entreprendre, une atteinte qui ne serait ni justifiée, ni proportionnée ;

– que l'article 16 de la loi du pays viole, lui aussi, le principe de la liberté d'entreprendre, en ce qu'il permettrait le prononcé d'injonctions structurelles à l'égard d'entreprises ne représentant aucun danger pour la préservation d'une concurrence effective ;

– et enfin, que l'article 24 est entaché d'une incompétence négative, le Congrès s'étant abstenu de reprendre dans la loi du pays l'ensemble des dispositions de la délibération n° 14 du Congrès du 6 octobre 2004 qui auraient dû relever d'un texte de cette nature.

Eu égard à l'importance de la liberté d'entreprendre dans l'argumentation ainsi exposée, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie entend, avant d'aborder la discussion des moyens, faire un bref rappel de la jurisprudence constitutionnelle qui lui apparaît pertinente en la matière.

III

La valeur constitutionnelle du principe de la liberté d'entreprendre a été reconnue par le Conseil constitutionnel de façon progressive.

Il a, tout d'abord, rattaché cette liberté à la liberté individuelle protégée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » (Cons. const., 16 janvier 1982, décision n° 81–132 DC, Rec. Cons. const. 1982, p. 18 ; GDCC 2005, n° 28 ; voir également Cons. const., 10 juin 1998, décision n° 98–401 DC, Rec. Cons. const. 1998, p. 258 ; Cons. const., 27 juillet 2000, décision n° 2000–433 DC, Rec. Cons. const. 2000, p. 121).

Progressivement, il a directement rattaché cette liberté, en tant que telle, à l'article 4 de la Déclaration de 1789, en faisant référence à la « liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (Cons. const., 13 janvier 2000, décision n° 99–423 DC, Rec. Cons. const. 2000, p. 33 ; Cons. const., 7 décembre 2000, décision n° 2000–436 DC, Rec. Cons. const. 2000, p. 176 ; Cons. const., 12 janvier 2002, décision n° 2001–455 DC, Rec. Cons. const. 2002, p. 49 ...).

Cette liberté n'en a pas pour autant un caractère général et absolu, que le Conseil constitutionnel lui a expressément dénié en de nombreuses occasions (voir, parmi de très nombreux exemples, Cons. const., 27 juillet 1982, décision n° 82–141 DC, Rec. Cons. const. 1982, p. 48 ; Cons. const., 16 janvier 1986, décision n° 85–200 DC, Rec. Cons. const. 1986, p. 9 ; Cons. const., 16 janvier 1991, décision n° 91–287 DC, Rec. Cons. const. 1991, p. 24).

Le Conseil constitutionnel considère ainsi qu'il « est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général » (Cons. const., 10 juin 1998, décision n° 98–401 DC, Rec. Cons. const. 1998, p. 458 ; Cons. const., 16 janvier 2001, décision n° 2000–439 DC, Rec. Cons. const. 2001, p. 42 ; Cons. const., 18 octobre 2010, décision n° 2010–55 QPC, Rec. Cons. const. p. 291, cons. 4 ; Cons. const., 21 janvier 2011, décision n° 2010–89 QPC, JO du 22 janvier 2011, p. 1387, cons. 3 ; Cons. const., 24 juin 2011, décision n° 2011–139 QPC, JO du 25 juin 2011, p. 10841, cons. 3 ...).

Au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier des atteintes à la liberté d'entreprendre figurent notamment la



préservation de l'ordre public économique et de l'ordre public concurrentiel :

« 1. Considérant que l'article L. 442-6 du code de commerce prévoit qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de se livrer à certaines pratiques restrictives de concurrence ; qu'aux termes du second alinéa du paragraphe III de cet article, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 précitée : « Le ministre chargé de l'économie et le ministre public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation » ;

2. Considérant que, selon les requérants, ces dispositions portent atteinte à la liberté d'entreprendre, au principe du contradictoire et au droit au recours, ainsi qu'au droit de propriété ;

– SUR LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :

3. Considérant que les requérants soutiennent que les dispositions contestées prévoient des mesures dépourvues d'utilité et disproportionnées au but poursuivi de protection des intérêts particuliers d'opérateurs économiques placés dans une situation d'infériorité par rapport à leurs partenaires ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaîtraient la liberté d'entreprendre ;

4. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ;

5. Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article, constater la nullité de clauses ou contrats illicites, ordonner le remboursement des paiements indus faits en application des clauses annulées, réparer les dommages qui en ont résulté et prononcer une amende civile contre l'auteur desdites pratiques ; qu'ainsi, il a entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la réitération de ces pratiques ; qu'eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ; que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autres).

Cette décision est ainsi commentée par M. le premier président Guy Canivet :

« La première décision du 13 mai 2011 Société Système U Centrale Nationale et autres, confronte le droit de la distribution aux libertés économiques. La disposition dont la constitutionnalité était contestée est l'article L. 442-6 du code de commerce lequel instaure un principe spécial de responsabilité à raison des pratiques restrictives de concurrence commise par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers.

[. . .]

Il est vrai que tant en ce qui concerne le fondement substantiel de l'action de l'administration que dans sa mise en oeuvre, la disposition peut surprendre ; elle déroge en tous cas à des principes établis. À tout le moins elle dérange les esprits juridiques habitués à des catégories simples.

[...]

Tout d'abord, elle permet à l'administration d'intervenir dans les relations entre producteurs et distributeurs pour en faire respecter l'équilibre et faire sanctionner la nullité de clauses contractuelles qui par des abus, des discriminations, des pressions, des menaces ou des ruptures provoquent des déséquilibres.

Autrement dit, ce texte permet à l'autorité publique de se substituer à un contractant qui ne réclame rien, parce qu'il est supposé être dans une position d'infériorité ou de dépendance telle qu'il est dans l'impossibilité d'agir par crainte de représailles commerciales, et se substituer à lui pour demander la nullité de certaines clauses du contrat, la restitution des sommes indument versées, la réparation des préjudices subis. La loi autorise même cette partie publique à vérifier que les réparations ont effectivement été versées à la victime.

Longtemps les juridictions ont été réticentes pour admettre une telle intrusion de l'autorité publique dans des relations commerciales privées, intrusion qui semble contrarier la liberté d'agir en justice, au moins dans son aspect négatif, la liberté de ne pas agir.

Les groupes de distribution, s'appuyant sur une doctrine très dubitative, soutenaient que les mesures prévues étaient privées d'utilité et disproportionnées au but poursuivi de protection des intérêts particuliers d'opérateurs économiques placés dans une situation d'infériorité par rapport à leurs partenaires et qu'ainsi, ces dispositions méconnaissaient la liberté d'entreprendre.

En réalité, l'action du ministre ne vise pas tant à protéger les producteurs individuellement à l'égard des grands groupes de distribution que, d'une manière générale, à faire respecter les équilibres entre secteurs de l'économie, déséquilibres provoqués par l'extrême concentration du secteur de la distribution en face du secteur d'une production en partie atomisée – même s'il existe sur certains marchés de puissants groupes industriels – et à le faire pour la protection d'un intérêt général, en particulier l'intérêt des consommateurs en raison, pour dire les choses simplement, des hausses de prix finalement provoquées par ces pratiques.

Prenant en compte cette réalité économique, le Conseil constitutionnel constate que l'objectif poursuivi par la loi répond à un caractère d'intérêt économique général et que l'action du ministre vise à la satisfaction d'un intérêt distinct de celui des opérateurs concernés, action que la Cour de cassation avait qualifiée « d'autonome ». Puis, conformément à sa technique de contrôle lorsqu'il s'agit de concilier un impératif d'ordre public avec une liberté constitutionnellement protégée, il vérifie que le législateur a procédé à une conciliation équilibrée entre l'exigence de protection de cet ordre public et les libertés constitutionnelles en cause ou que l'atteinte qui leur est portée n'est pas disproportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi. Procédant à cette appréciation de proportionnalité dans un contexte économique déterminé, celui des structures de la production des biens de consommation courante et de la distribution, il apprécie que l'atteinte portée par les dispositions en cause à la liberté d'entreprendre n'était pas disproportionnée à l'objectif économique poursuivi ». (G. Canivet, « Questions de constitutionnalité dans le secteur de la distribution », Revue « Lamy droit des affaires, supp. au n° 83 de juin 2013).

Une telle conciliation entre ces différentes libertés rejoint parfaitement la position de la Cour de justice des communautés européennes, gardienne par excellence de la liberté d'entreprendre, pour qui « des restrictions peuvent être apportées au droit d'exercer librement une activité professionnelle, [. . .] à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté européenne et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis » (CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold, Rec. CJCE 1974, p. 491 ; CJCE, 11 juillet 1989, aff. 265/87, Schrader, Rec. CJCE 1989, p. 2237, pt 15 ; CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-280/93, Allemagne c/ Conseil UE, Rec CJCE 1994, I, p. 4973, pt 78 ...), principes généraux qui sont applicables quand bien même la Nouvelle-Calédonie ne relève pas du champ d'application du traité.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel ne manquera pas de constater que l'atteinte portée à la liberté d'entreprise par la loi du pays contestée devant lui est justifiée par l'objectif poursuivi par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie,



consistant, dans un contexte économique, social, ... et politique très particulier, à restaurer une situation concurrentielle fortement dégradée et qu'elle est proportionnée à cet objectif.

IV.

En ce qui concerne le premier grief, dirigé contre l'article 2 du texte contesté.

Le grief soulevé par la présidente de l'Assemblée de la Province Sud est tiré de ce que, en fixant le seuil de déclenchement du dispositif de contrôle des opérations de concentration à 600 millions de francs CFP (soit 5,028 millions d'euros), la loi du pays soumettrait à ce contrôle des opérations insusceptibles d'affecter le jeu de la concurrence, de sorte que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre ne pourrait être regardée comme justifiée par un motif d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi.

Sans doute faut-il comprendre que le grief tend, en réalité, à contester le niveau du seuil retenu, c'est-à-dire la proportionnalité de la mesure retenue à l'objectif poursuivi par le texte.

En effet, il ne fait guère de doute que la décision de soumettre certaines opérations de concentration à un contrôle a priori présente bien un lien direct avec l'objectif poursuivi par la loi, qui est d'assurer les conditions d'une concurrence loyale en Nouvelle-Calédonie.

Il n'est pas davantage contestable qu'un tel objectif constitue bien un motif d'intérêt général de nature à justifier une atteinte à la liberté d'entreprendre (décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autres, préc., pour la nécessité de prévenir des pratiques restrictives de concurrence).

Quant au niveau de seuil retenu, il est parfaitement justifié par la situation locale.

La saisine s'appuie, pour chercher à démontrer le contraire, sur l'avis rendu par la section des Finances du Conseil d'Etat le 2 avril 2013.

Elle n'en cite curieusement qu'un extrait, passant totalement sous silence le point 2-c) de l'avis qui complète le point 2-b) reproduit par la saisine.

Or, par ce point, la section des Finances valide le seuil retenu par la loi du pays :

« Il est, en outre, suggéré de prévoir, comme le fait l'article L. 430-2 du code de commerce, des dispositions particulières pour le secteur du commerce de détail en retenant les deux montants de chiffre d'affaires qu'il fixe (5 millions d'euros pour le chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie et 75 millions d'euros pour le chiffre d'affaires mondial) ».

On rappellera que, initialement fixé à 500 millions de francs CFP dans le projet soumis à consultation, le seuil a été porté à 600 millions (soit 5,028 millions d'euros) pour tenir compte de l'avis du Conseil d'Etat (voir le rapport de monsieur Philippe Michel, rapporteur de la proposition de loi du pays devant le Congrès, daté du 25 avril 2013, p. 8).

Contrairement à ce que soutient la présidente de l'Assemblée de la Province Sud, il apparaît ainsi que le seuil retenu par la loi du pays est bien conforme aux recommandations de la section des Finances (il est même supérieur au montant proposé par le Conseil d'Etat) pour le secteur du commerce de détail.

Sans doute la loi du pays n'a-t-elle pas distingué, comme le Conseil d'Etat invitait le Congrès à le faire, le secteur du commerce de détail des autres secteurs.

Pour les autres secteurs, la section des Finances, s'inspirant des dispositions applicables dans les départements d'outre-mer ainsi qu'à Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, proposait de retenir un

seuil de 15 millions d'euros (soit 1,8 milliard de francs CFP).

Mais un tel seuil n'avait aucun sens en Nouvelle-Calédonie où, selon les chiffres fournis par la direction des services fiscaux, le nombre d'opérations de fusion-absorption d'un montant cumulé supérieur à 600 millions de francs CFP n'était que de 13 en 2012, tous secteurs confondus (voir le rapport de M. Michel, p. 8 ainsi que le tableau récapitulatif de ces opérations, voir également le descriptif du tissu des entreprises calédoniennes en fonction de l'importance de leur chiffre d'affaires).

Le relèvement du seuil à 1,8 milliard de francs CFP aurait quasiment vidé de portée le dispositif de contrôle institué par la loi du pays, eu égard au très faible nombre d'opérations susceptibles, après relèvement, d'être contrôlées.

Or le seuil d'application du dispositif ne saurait correspondre à une réalité économique préétablie. Il n'y a pas d'échelle mondiale des seuils de concentration, la valeur absolue retenue par chaque autorité compétente étant, en réalité, déterminée par la volonté de soumettre un plus ou moins grand nombre d'opérations au contrôle (voir, sur ce point, le répertoire Dalloz de droit commercial, verbo « Concentration », 30 et s.).

Le niveau du seuil constitue ainsi un curseur, que les autorités font varier en fonction de leurs objectifs de contrôle.

Dans une situation où la concurrence joue de façon assez libre, un seuil élevé pourra ainsi être retenu, alors que sur un marché où la concentration est déjà très forte et la concurrence malmenée, il y aura lieu de renforcer le contrôle par l'abaissement du seuil de déclenchement du dispositif.

Et c'est bien cette dernière situation qui prévaut en Nouvelle-Calédonie, ainsi que cela a déjà été souligné. Outre le secteur de la distribution des produits de grande consommation, dont la situation de duopole a été présentée, d'autres secteurs sont concernés par ce phénomène :

- dans le secteur de l'automobile, une étude de l'IEOM réalisée en janvier 2008 montrait que les quatre principaux acteurs occupaient respectivement 36,8 %, 23,9 %, 18,7 % et 16,2 % du marché (soit, au total, 95,6 %), situation aggravée depuis lors du fait de rachats partiels permettant à deux opérateurs seulement de se partager près de 80 % du marché ;
- le marché des fournitures scolaires n'est occupé que par un seul intervenant ;
- présence d'oligopoles voire de monopoles dans de nombreux secteurs de la production locale (riz, pâtes, boissons . . .) relevée notamment par l'Autorité de la concurrence (« rapport AC importation-distribution », p. 11) ...

En fixant uniformément à 600 millions de francs CFP le seuil au-delà duquel les opérations de concentration devront être soumises à autorisation, la loi du pays n'a donc porté à la liberté d'entreprendre qu'une atteinte tout à fait proportionnée à l'objectif poursuivi par le texte.

Quant à l'absence, dans la loi du pays, du seuil de chiffre d'affaires mondial prévu par le paragraphe III de l'article L. 430-2 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi Lurel (loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012) et fixé à 75 millions d'euros (soit 9 milliards de francs CFP environ), elle s'explique, elle aussi, par la volonté du Congrès de mettre en place, dans un premier temps, un contrôle suffisamment étendu pour être significatif:

« a) Nous proposons une logique plus exigeante concernant la définition des opérations qui seront soumises au contrôle de l'autorité de la concurrence.

D'une part, nous avons supprimé deux des trois critères prévus par le III de l'article L. 430-2 du code de commerce pour qu'une opération concernant une entreprise présente dans les DOM doive être notifiée à l'autorité de la



concurrence, à savoir le critère selon lequel l'opération ne relève pas du niveau de décision réservé à la commission européenne (sans objet en Nouvelle-Calédonie) et celui d'un chiffre d'affaires mondial total des entreprises participant à l'opération dépassant 75 millions d'euros (parce que le chiffre d'affaires effectué hors de Nouvelle-Calédonie est sans effet sur la situation locale en termes de concurrence).

[. . .]

Le but poursuivi par ces modifications est de permettre à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie d'examiner un grand nombre d'opérations (dont la grande majorité déboucheront probablement sur un accord de sa part), et ce au moins jusqu'à ce que la situation locale se normalise en termes de concurrence » (proposition de loi, pp. 4 et 5).

A l'occasion de la seconde délibération du texte, la question du seuil de chiffre d'affaires mondial a, de nouveau, été évoquée en commission :

« Abordant le sujet du chiffre d'affaires mondial, M. Michel indique qu'en séance la proposition de son groupe avait été rejetée et qu'il pose à nouveau la problématique en commission. En effet, l'introduction d'un chiffre d'affaires mondial pour les entreprises parties à une opération de concentration qui ne sont pas déjà présentes en Nouvelle-Calédonie pose une double question : celle du contrôle de rachat d'entreprises par des entreprises extérieures à la Nouvelle-Calédonie mais avec un chiffre d'affaires appliqué n'ayant rien à voir avec celui des entreprises calédoniennes (600 millions ou 1, 8 milliard). Il lui semble significativement élevé avec 9 milliards, ce qui constitue, à son sens, une distorsion injustifiée.

D'une manière plus claire, il indique que cela signifie que toute entreprise extérieure à la Nouvelle-Calédonie réalisant moins de 9 milliards de chiffre d'affaires pourra acquérir une entreprise en Nouvelle-Calédonie sans aucune forme de contrôle » (rapport n° 81 du 14 juin 2013 de la commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales, p. 21).

Et l'exposé des motifs de l'amendement n° 1 proposé à la commission était encore plus explicite :

« Cet amendement a pour objet de supprimer les dispositions plus favorables prévues pour les entreprises qui ne réalisent pas de chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.

En effet, en général, les fusions ou rachats d'entreprises entre elles relèvent du dispositif de contrôle prévu par la présente loi du pays lorsque le cumul des différents chiffres d'affaires, réalisés en Nouvelle-Calédonie par les entreprises concernées par la fusion ou le rachat, dépasse 600 millions. Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 2 prévoit que, lorsque l'une des entreprises concernées n'est pas déjà implantée en Nouvelle-Calédonie, un critère supplémentaire s'applique, à savoir que le cumul des différents chiffres d'affaires mondiaux des entreprises concernées par la fusion ou le rachat doit dépasser 9 milliards.

Les deux critères se cumulent. En conséquence, si l'une des entreprises concernées n'est pas déjà présente en Nouvelle-Calédonie, il lui est plus facile d'échapper au dispositif anti-concentration.

Or cet alinéa a été ajouté au texte pour une raison bien précise : il s'agissait de donner suite à la recommandation du Conseil d'Etat, selon lequel « en ne retenant que le seul critère du chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie, [le paragraphe I] permet de faire échapper au dispositif de contrôle les opérations de concentration dans lesquelles intervient une entreprise qui ne réalise pas de chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie ». Le Conseil d'Etat suggérait en conséquence « qu'au critère du chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie soit ajouté un second critère, mis en oeuvre de manière cumulative : le chiffre d'affaires total mondial réalisé par l'ensemble des parties à l'opération ».

On voit donc au final que la modification opérée aboutit au résultat strictement inverse à celui recherché : certaines entreprises extérieures à la Nouvelle-Calédonie vont pouvoir échapper au dispositif de surveillance et de contrôle mis

en place.

La raison de cette erreur est que le Conseil d'Etat a commis une erreur d'analyse en prétendant que le texte initial, parce qu'il retenait pour seul critère le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie, permettait de faire échapper au dispositif de contrôle les opérations de concentration dans lesquelles intervient une entreprise qui ne réalise pas de chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.

Il est d'ailleurs frappant de constater que cet extrait de l'avis du Conseil d'Etat relatif à la présente proposition de loi du pays, figure exactement dans les mêmes termes dans l'avis du Conseil d'Etat relatif à la proposition de loi du pays déposée par le RUMP, alors même que les deux propositions étaient, sur ce plan, très différentes : le RUMP proposait que le seuil de 600 millions de chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie soit dépassé par deux au moins des entreprises parties à la concentration (ce qui évidemment posait problème pour les entreprises ayant un chiffre d'affaires nul sur le territoire), tandis que nous proposons que ce seuil s'applique au cumul des chiffres d'affaires des entreprises concernées (et là il n'y a plus de problème avec les entreprises extérieures à la Nouvelle-Calédonie).

En conséquence, nous proposons de supprimer cette disposition sans fondement, trop favorable aux entreprises extérieures au territoire ».

Déterminé à l'issue d'une observation minutieuse des conditions de fonctionnement du marché en Nouvelle-Calédonie, et en fonction des objectifs de la politique définie par l'autorité publique en matière de concurrence, le seuil de 600 millions et les conditions dans lesquelles il s'applique apparaissent ainsi proportionnés à l'objectif poursuivi et le rejet de ce premier grief est inévitable.

V.

Le second grief dirigé contre l'article 2 de la loi du pays est tiré de ce que l'instauration d'un régime d'autorisation préalable serait disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Il n'en est rien.

La présidente de l'Assemblée de la Province Sud, qui ne consacre que quelques lignes à cette critique, est sans doute elle-même convaincue de son mal fondé.

C'est, en effet, le propre du dispositif de contrôle des opérations de concentration que de soumettre à autorisation les opérations susceptibles d'exercer une influence sur le libre jeu de la concurrence.

Le dispositif est particulièrement répandu à l'échelle de la planète, plus d'une centaine de pays s'étant dotés d'autorités chargées de se prononcer, avant la réalisation d'opérations de concentration, sur les projets qui leur sont soumis.

L'instauration d'un tel régime d'autorisation, éventuellement « allégé » lorsqu'est mise en place une procédure d'autorisation tacite à l'expiration d'un certain délai comme cela est envisagé en Nouvelle-Calédonie une fois que la modification de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 aura permis la création d'une autorité de la concurrence, ne peut être regardée, en tant que telle, comme contraire à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà admis la conformité à la Constitution de dispositifs d'agrément préalable (Cons. const., 18 octobre 2010, décision n° 2010-55 QPC, Rec. Cons. const. p. 291, cons. 6 et Cons. const., 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, Rec. Cons. Const. p. 78, cons. 24-25 pour la réglementation sur les jeux et la juste conciliation entre la liberté d'entreprendre et la nécessité de préserver l'ordre public).

Au terme des développements qui précèdent, il apparaît que les critiques articulées à l'encontre de l'article 2 de la loi du pays ne sont pas fondées.

VI

En ce qui concerne la conformité à la Constitution des articles 10 à 15 de la loi du pays, la saisine dénonce, d'une part, une méconnaissance des règles de partage des compétences issues de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et, d'autre part, une nouvelle violation de la liberté d'entreprendre.

Il est permis, au préalable, de s'interroger, malgré les affirmations de la présidente de l'Assemblée de la Province Sud, sur la possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de contrôler, en l'espèce, la loi du pays au regard des dispositions de la loi organique relatives au partage des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces.

En effet, ce partage n'est pas au nombre des règles que mentionne l'article 77 de la Constitution, comme devant figurer dans la loi organique prévue par cette disposition et auxquelles cette dernière a ainsi conféré valeur constitutionnelle.

Quoi qu'il en soit, la critique formulée par la saisine n'est assurément pas fondée.

VII

Aux termes de l'article 22 de la loi organique :

« La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes :

[. . .]

19° Réglementation des poids et mesures ; consommation, concurrence et répression des fraudes, droit de la concentration économique ;

20° Réglementation des prix et organisation des marchés, sous réserve de la compétence des provinces en matière d'urbanisme commercial ;

[. . .] ».

a) Il y a lieu ici de rappeler dans quelles circonstances ces divers éléments ont été inscrits dans la loi organique statutaire, à l'occasion de la révision de cette loi par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte.

Le rajout des mots « sous réserve de la compétence des provinces en matière d'urbanisme commercial » au 20° résulte d'un amendement déposé au Sénat par M. Simon Louekhote le 2 juillet 2009. Cet amendement a été adopté et la modification en question figure bien à l'article 2 du projet de loi transmis par le Sénat à l'Assemblée nationale.

Cet amendement était justifié par les motifs suivants :

« Face à l'urbanisation galopante de l'agglomération de Nouméa, la capitale de la Nouvelle-Calédonie, la province Sud est confrontée à des difficultés dans le domaine de l'urbanisme commercial. Depuis 2006, cette province a adopté une réglementation spécifique et délivre les autorisations d'implantation de surfaces commerciales en veillant à garantir le développement équilibré de toutes les formes de commerces et à satisfaire les besoins des consommateurs, dans le respect de la liberté et de la volonté d'entreprendre. Un récent contentieux (Tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie, N° 08152, 6 novembre 2008) a conduit le juge à reconnaître la compétence des provinces en ce domaine et à l'exclure du champ de compétences de l'Etat.

Le juge administratif, éclairé par les travaux préparatoires de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (rapports de MM Hyst et Dosière) a ainsi considéré que « la réglementation relative à l'urbanisme commercial se rattache à la réglementation du commerce intérieur et ne relève pas, par application du 19° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, de la compétence de la Nouvelle-Calédonie ; que cette matière, distincte par ailleurs du droit de l'urbanisme, n'est pas au nombre des compétences réservées par les articles 21 et 22 de la loi précitée à l'Etat ou au territoire ; que, par suite, la Province Sud peut légalement définir un régime d'autorisation administrative spécifique à



tout projet d'implantation, d'extension ou de transfert des activités commerciales. »

Aussi, comme l'a souhaité le congrès de la Nouvelle-Calédonie à l'unanimité de ses membres le 12 juin dernier, il est proposé de clarifier ce point en précisant que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière d'organisation des marchés, « sous réserve de la compétence des provinces en matière d'urbanisme commercial ».

Même si les provinces ont une compétence de droit commun, cette attribution spécifique aura une utilité pour les investisseurs et apporterait de la sécurité juridique dans ce domaine. La loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 comporte déjà en tant que de besoin des précisions de cette nature, sur des compétences provinciales ».

La mention, dans cet exposé des motifs, de l'avis unanime exprimé le 12 juin 2009 par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie sur le projet de loi organique procède d'une erreur. Comme le montre cet avis, le Congrès s'est en effet prononcé, non pas en faveur d'une restriction de la compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière d'« organisation des marchés », mais en faveur de l'introduction des mots « sous réserve de la compétence des provinces en matière d'urbanisme commercial », afin de lever toute ambiguïté quant au fait que le droit commercial appelé à être transféré par l'Etat à la Nouvelle-Calédonie n'incluait pas l'urbanisme commercial, lequel avait déjà été transféré aux provinces lorsque, en 1989, ces collectivités avaient été créées et dotées d'une compétence de droit commun.

Le rajout des mots « consommation » et « droit de la concentration économique » au 19° de l'article 22 résulte, quant à lui, d'un amendement déposé par le gouvernement le 20 juillet 2009, à l'Assemblée nationale.

Son exposé des motifs est clair :

« Il convient de consacrer dans le statut la compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière de consommation et de droit de la concentration économique. Ces compétences découlent naturellement de l'exercice par la Nouvelle-Calédonie des compétences en matière de concurrence et répression des fraudes, de réglementation des prix et organisation des marchés ».

En même temps qu'il précisait que la compétence en matière d'urbanisme commercial appartenait aux provinces, le législateur a souligné que la compétence exercée par la Nouvelle-Calédonie en matière de « concurrence », incluait aussi le « droit de la concentration ».

b) La saisine fait valoir que les dispositions des articles 10 à 15 de la loi du pays, intéressant l'urbanisme commercial, empièteraient sur les compétences des provinces, compétences que celles-ci ont d'ores et déjà mises en oeuvre par des délibérations respectivement adoptées par l'Assemblée de la Province Sud le 28 septembre 2006 et par l'Assemblée de la Province Nord le 15 avril 2005.

Mais ce grief procède d'une erreur sur la nature du contrôle qu'exercera le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur le fondement de la loi du pays déférée.

L'exposé des motifs de la proposition de loi du pays présentait ainsi le chapitre 2 de la loi, intitulé « contrôle de l'accroissement des surfaces exploitées dans le secteur du commerce de détail » :

« Ce chapitre porte sur le contrôle ex ante des nouvelles surfaces commerciales. En effet, comme l'a signalé l'autorité de la concurrence, il est nécessaire d'éviter que s'aggrave une situation de position dominante, en laissant un opérateur déjà très bien implanté dans tel ou tel secteur du commerce de détail, libre de renforcer sa domination économique sur ce secteur en créant une nouvelle surface commerciale. Selon le rapport de l'autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle (cf 89), la pratique actuellement en vigueur en Nouvelle-Calédonie, à savoir instruire les autorisations provinciales dites « d'urbanisme commercial » en tenant compte de la situation locale en matière de concurrence, présente une



incertitude juridique, puisque la loi organique réserve à la Nouvelle-Calédonie, et non aux provinces, la compétence en matière de concurrence et de « droit de la concentration ». Conscient de ce risque juridique, l'exécutif de la province Sud a d'ailleurs comme pratique de ne pas examiner ce critère lors de l'instruction, en contradiction avec les dispositions de la délibération provinciale applicable, que ledit exécutif semble considérer comme obsolète.

Nous proposons, pour régler ce problème, d'obliger les exploitants ou futurs exploitants à déclarer (4) à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie toute mise en exploitation d'une nouvelle surface commerciale (qu'il s'agisse de l'ouverture d'un nouveau magasin ou d'une extension d'un magasin existant) et tout changement d'affectation ou d'enseigne d'un magasin existant, et de permettre à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de s'opposer aux projets qui lui sont déclarés, lorsque la situation le justifie au regard du risque d'atteinte à la concurrence.

Afin de ne pas introduire un frein à l'implantation de nouvelles surfaces – ce qui serait contraire à l'objectif recherché – nous proposons une procédure très simple, qui ne portera que sur l'examen des projets déclarés au regard des questions de concentration économique. En particulier, il ne sera pas demandé de justifier la maîtrise du foncier, ni d'apporter des garanties techniques ou financières, ni de produire une étude de marché. Ce régime de déclaration sera donc nettement plus simple et ne fera aucunement double emploi avec le régime d'autorisation d'urbanisme commercial mis en oeuvre par les provinces, qui nécessite la prise en compte de bien d'autres paramètres (voirie, sécurité, environnement, etc.) et qui conduit à la production de dossiers très lourds » (proposition de loi, p. 6).

C'est bien exclusivement le contrôle de la croissance interne des entreprises qui est ainsi confié au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (et, espère-t-on, à bref délai, à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie), au regard des conditions de concentration du secteur dans lequel elles interviennent, à l'exclusion de tout contrôle au regard des critères de développement équilibré de toutes les formes de commerce, d'emploi, de conditions de circulation, de stationnement ou de livraison, de modernisation des équipements ... pris en compte par la commission provinciale d'urbanisme commercial de la Province Sud (pour ces critères provinciaux, voir l'article 2 de la délibération n° 41-2006/APS du 28 septembre 2006 produite avec la saisine, étant observé que la Province Nord n'a pas, pour sa part, défini les critères au vu desquels le président de l'assemblée statue).

Cela ressort sans aucune ambiguïté du paragraphe 1 de l'article 13 de la loi du pays, qui définit le contenu de ce contrôle :

« Lorsqu'en application de l'article 12, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a engagé un examen approfondi, il 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. Il apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ».

Un tel contrôle relève donc bien de la Nouvelle-Calédonie, à qui l'article 22 de la loi organique réserve, au terme d'une évolution ci-dessus présentée, la compétence en matière de « consommation, concurrence et répression des fraudes, droit de la concentration économique » (19) ainsi qu'en matière de « réglementation des prix et organisation des marchés » (20).

Et la circonstance, invoquée par la saisine, que ce contrôle puisse s'opérer sur des « opérateurs économiques qui n'exploitent encore aucune activité » (page 11) n'est assurément pas de nature à transférer la nature du contrôle.

Dans cette hypothèse, le contrôle donnera simplement lieu à une décision favorable ...

Aucune méconnaissance des règles de répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces ne se trouve ainsi caractérisée, ce qui conduira le Conseil constitutionnel à écarter le grief.

VIII

S'agissant ensuite de la prétendue violation de la liberté d'entreprendre qui résulterait des articles 10 à 15 de la loi du pays, la présidente de l'Assemblée de la Province Sud fait valoir, en premier lieu, qu'en ne prévoyant qu'un seuil en termes de surface commerciale, sans égard pour l'influence réelle ou potentielle des opérateurs concernés sur le marché, les dispositions contestées ne justifieraient pas d'un « lien direct avec la recherche et la prévention de pratiques anticoncurrentielles tels que les abus de position dominante » (saisine, p. 12).

Il ne fait pourtant aucun doute que le contrôle opéré à l'occasion de la création, de l'extension ou de la reprise d'une surface de vente et qui, on l'a vu, portera exclusivement sur l'impact du projet sur le niveau de concentration du secteur considéré peut valablement être déclenché en fonction d'un seuil déterminé par référence à une surface, dès lors que celle-ci est suffisamment significative pour apprécier un niveau de concentration (ce qui est le cas en l'espèce comme on l'établira par la suite).

Le lien entre la mesure mise en place et l'objectif poursuivi par la loi n'est dès lors pas sérieusement contestable.

IX

En second lieu, la saisine critique la mise en place d'un système d'autorisation pour :

« 1° toute mise en exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail, lorsque sa surface de vente est supérieure à 350 m² ;

2° toute mise en exploitation, dans un magasin de commerce de détail déjà en exploitation, d'une nouvelle surface de vente, lorsque la surface totale de vente de ce magasin est ou devient supérieure à 350 m² ;

3° tout changement d'enseigne commerciale d'un magasin de commerce de détail dont la surface de vente est supérieure à 350 m², et tout changement de secteur d'activité d'un tel magasin ;

4° toute reprise, par un nouvel exploitant, d'un magasin de commerce de détail dont la surface de vente est supérieure à 350 m² » (article 10 de la loi du pays).

Mais, comme pour le déclenchement du contrôle des opérations de croissance externe, le seuil retenu procède d'une exacte appréciation de la situation calédonienne et des moyens à mettre en oeuvre pour atteindre l'objectif poursuivi consistant à assurer le contrôle de la croissance interne des entreprises.

On indiquera rapidement que si, comme le relève la saisine, le texte ne prévoit plus la création d'une autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie, c'est exclusivement pour se conformer aux recommandations du Conseil d'Etat sur ce point (voir l'avis de la section des Finances du 2 avril 2013), la section des Finances ayant dénoncé la complexité juridique du dispositif figurant dans le projet qui lui était soumis.

Dans sa version initiale, le texte anticipait, en effet, sur la création de cette future autorité. Le Conseil d'Etat a recommandé d'attendre la modification de la loi organique et la création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour y faire expressément référence. Dans l'intervalle, il proposait de confier au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie la responsabilité du contrôle.

Et le texte a été modifié en ce sens en première lecture.

Quant au niveau du seuil de 350 m², il est vrai que le Conseil d'Etat avait, en s'inspirant des rapports de l'Autorité de la concurrence (« rapport importation-distribution », pp. 59 et 60, préconisant la mise en place d'un « test de concurrence » en amont du dépôt d'une demande d'autorisation d'urbanisme commercial, à partir d'un seuil de 600 m² et « rapport structures de contrôle » p. 22), suggéré de retenir un seuil de 600 m².

Il convient de citer à ce sujet le « rapport AT – structures de contrôle » sur ce point :

« Dans le secteur de la grande distribution, il est admis que les seuils doivent être plus bas compte tenu du chiffre d'affaires des magasins, qui, bien qu'inférieurs à ceux observés pour des entreprises actives dans d'autres secteurs, peuvent être de nature à conférer à une enseigne une position dominante dans une zone de chalandise donnée. De fait, en 2008, la LME65 a abaissé le seuil des opérations de concentration dans le secteur de la grande distribution à 15 millions d'euros. Au cas d'espèce, le chiffre d'affaires au m² des magasins à dominante alimentaire est d'environ 12 400 euros.

Un chiffre d'affaires de 7,5 millions d'euros correspond donc à un magasin de 600 m². La majorité des magasins recensés sur la zone de Nouméa ont une surface supérieure à ce seuil. En appliquant les mêmes critères que ceux retenus par le Conseil dans l'avis 07-A-12, les seuils pour les opérations de concentration dans le secteur de la distribution en Nouvelle Calédonie, devraient être effectivement plus bas et contrôler des opérations dont :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 10 milliards de FCFP (75 millions €) ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 7,5 millions d'euros.

93. Une telle disposition (le seuil de 7,5 millions € est celui actuellement retenu dans les DOM pour le commerce de détail) viserait ainsi à prévenir les opérations qui pourraient affaiblir substantiellement la concurrence dans certaines zones de chalandise (autour de Nouméa) où la grande distribution est déjà très concentrée, en permettant d'examiner des opérations de rachat de magasins qui, compte tenu des seuils de chiffre d'affaires prévus par le droit commun des concentrations, échapperaient autrement à son contrôle » (rapport, p. 22).

L'Autorité de la concurrence a, en réalité, vérifié si le seuil de 7,5 millions d'euros qu'elle tirait de l'article L. 430-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi Lurel et qu'elle proposait comme seuil de déclenchement du contrôle de la croissance externe était compatible avec ses observations en matière de surfaces de vente et elle a estimé que tel était le cas.

Or la loi Lurel a précisément ramené à 5 millions d'euros le seuil de déclenchement des opérations de concentration, ce qui, si l'on suit le raisonnement de l'Autorité de la concurrence, correspond à une superficie de 400 m².

Par ailleurs, on rappellera que ce seuil a évolué au fil de la préparation du texte.

Dans la version initiale du texte, le seuil retenu était de 300 m², identique à celui fixé par la Province Sud en matière d'urbanisme commercial. Ce seuil paraissait d'autant plus pertinent que les statistiques de cette province révèlent que le nombre annuel moyen de demandes, sur les 10 dernières années, n'est que de 7.

Lors de la première lecture du texte, un amendement a été déposé, visant à porter ce seuil à 600 m². Un sous-amendement formulé oralement par l'un des conseillers a proposé 500 m², au seul motif que ce seuil était celui retenu par la réglementation de la province Nord en matière d'urbanisme commercial. Cet amendement, ainsi sous-amendé, a été retenu à une courte majorité.

Puis, lors de l'examen de la proposition de loi du pays en seconde lecture, cette question a fait l'objet d'un réexamen approfondi, qui a conduit à retenir in fine le seuil de 350 m².

Le Congrès s'est notamment déterminé en référence au protocole signé le 27 mai 2013 dans le but de mettre fin à la



grève générale engagée le 15 mai 2013 par l'« intersyndicale contre la vie chère ». Ce texte prévoit une réglementation des marges, dans une surface commerciale donnée, différente selon que cette surface est supérieure ou inférieure à 350 m², seuil proposé par les opérateurs de la grande distribution eux-mêmes pour permettre de distinguer la grande distribution des petits commerçants.

Ce protocole prévoit également que ce sont les surfaces commerciales de plus de 350 m² qui seront soumises à l'obligation de transmission de leurs prix à l'« observatoire des prix et des marges » et cette obligation a effectivement été inscrite dans la délibération du congrès, votée le 24 juin 2013, qui a créé cet observatoire (délibération n° 281 du 24 juin 2013 modifiant les dispositions de la délibération n° 14 modifiée du 6 octobre 2004 portant réglementation économique). Enfin, on soulignera qu'il ressortait des statistiques de la Chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie relatives au Grand Nouméa que, contrairement à ce qu'indique l'Autorité de la concurrence dans son rapport sur les structures de contrôle, la majorité des points de vente du secteur du commerce de détail ont une surface de vente inférieure à 300 m² :

– dans le secteur de commerce de détail alimentaire : 161 points de vente ont une surface inférieure à 300 m² contre 33 points de vente avec une surface supérieure ;

– dans le secteur de la quincaillerie et du bricolage : 26 points de vente ont une surface inférieure à 300 m² contre 12 points de vente avec une surface supérieure ;

– dans le secteur de l'ameublement et de l'électroménager : 56 points de vente ont une surface inférieure à 300 m² contre 28 points de vente avec une surface supérieure ;

– dans le secteur de la librairie-papeterie : 34 points de vente ont une surface inférieure à 300 m² contre 3 points de vente avec une surface supérieure (tableaux récapitulatifs de l'équipement commercial établis par la CCI : surface inférieure à 300 m² et surface supérieure à 300 m²).

Le seuil de 350 m² et non plus 300 m² n'en apparaît que plus pertinent, certainement plus que celui de 1.000 m² auquel se réfère la saisine alors même qu'elle constate qu'il s'agit du seuil applicable en métropole ...

X

En ce qui concerne l'article 16 de la loi du pays, qui, en s'inspirant de l'article L. 752-27 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi Lurel (loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012), dote le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du pouvoir de prononcer des injonctions structurelles lorsqu'il constate l'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.

La mise en place de cette faculté avait été encouragée par l'Autorité de la concurrence (voir son « rapport importation-distribution », n° 229 et s. et particulièrement 232), et la pertinence d'un tel dispositif comme instrument d'action dans les territoires ultra marins a encore été récemment soulignée par sa rapporteure générale (Mme V Beaumeunier, Tendances CONCURRENCES n° 2 2013, p. 17 s).

Lorsqu'elle a émis son avis, la section des Finances a validé le texte qui lui était soumis, en recommandant simplement que l'application du dispositif soit limitée « aux entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires suffisamment important », ce qui a conduit le Congrès à modifier la première version du texte pour y introduire un seuil de 600 millions de francs se cumulant avec un niveau de part de marché fixé à 25 % :

« I.- 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 F CFP, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut faire connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, qui peut, dans un délai de deux mois, lui proposer des engagements dans les conditions prévues à l'article 22 ».

La présidente de l'Assemblée de la Province Sud considère que ce seuil de 600 millions d'euros n'est pas assez élevé pour caractériser un « chiffre d'affaires suffisamment important ». Il semble également qu'elle critique le taux de part de marché de 25 %, à moins qu'elle ne relève seulement qu'il aurait été disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi s'il n'avait pas été assorti d'un seuil de chiffre d'affaires.

Quoi qu'il en soit, l'un comme l'autre de ces repères sont tout à fait pertinents.

S'agissant du seuil de 600 millions d'euros, il est susceptible de concerner 344 des 17.570 entreprises calédoniennes, soit moins de 2 % des entreprises, critère qu'il faut appliquer concurremment au critère des parts de marché.

Quant au taux de 25 % de part de marché, il a été déterminé par rapport aux éléments d'appréciation formulés par l'Autorité de la concurrence dans son « rapport importation distribution » au sujet du test de concurrence qu'elle suggérait de mettre en place en préalable à la procédure d'autorisation d'urbanisme commercial et qui a été mise en place sous une forme différente dans la loi du pays (voir ci-dessus).

L'Autorité de la concurrence, cherchant à déterminer le seuil de part de marché au-delà duquel le risque sur le libre jeu de la concurrence était plus particulièrement constitué, a proposé de retenir le chiffre de 30 %.

Sans doute ce chiffre ne concernait-il pas directement la mise en oeuvre du pouvoir de prononcer des injonctions structurelles mais s'agissant d'un élément d'appréciation du niveau de concentration à surveiller, il était pertinent pour l'encadrement du pouvoir d'injonction.

Le Congrès a fait le choix de retenir un seuil légèrement inférieur (25 % au lieu de 30), ce qui ne saurait, à l'évidence, avoir pour effet de lui conférer un caractère excessif et constitutif d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

On soulignera, en outre, que le taux de 25 % correspond au seuil retenu par le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce et au-delà duquel l'Etat considère qu'un marché concerné par une opération de concentration est « affecté » par cette opération (cumul des parts dont disposent les différentes parties à la concentration sur le marché considéré supérieur à 25 %).

Les éléments retenus par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie pour permettre le déclenchement du dispositif relatif aux injonctions structurelles correspondent à des réalités économiques ou juridiques bien établies et il n'y a là aucune atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

XI.

En dernier lieu, la présidente de l'Assemblée de la Province Sud soulève un grief tiré de l'incompétence négative qui entacherait la loi du pays contestée, le Congrès ayant, à tort selon elle, omis de reprendre dans la loi l'ensemble des dispositions de la délibération n° 14 du Congrès de la Nouvelle-Calédonie en date du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.

A supposer que le Conseil constitutionnel se reconnaisse compétent pour apprécier la conformité de la loi déferée à l'article 99, point 10° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 alors même que la répartition des matières entre les délibérations du Congrès et les lois du pays ne peuvent être regardées comme devant nécessairement, sur le fondement de l'article 77 de la Constitution, figurer dans la loi organique, ce qui permettrait de l'intégrer au bloc de



constitutionnalité, il ne pourrait que rejeter le grief. Force est, en effet, de constater que le grief tend, en réalité, à critiquer la conformité de la délibération du 6 octobre 2004 à la loi organique n° 99-209 et qu'il est donc étranger à l'objet de la présente saisine. En tout état de cause, aucune des dispositions de la délibération du 6 octobre 2004 ne concerne les matières dont l'article 99 de la loi organique impose qu'elles fassent l'objet d'une loi du pays et dont la liste est la suivante :

« 1° Signes identitaires et nom mentionnés à l'article 5 ;

2° Règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature ;

3° Principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale ; garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes ;

4° Règles relatives à l'accès au travail des étrangers ;

5° Statut civil coutumier, régime des terres coutumières et des palabres coutumiers ; limites des aires coutumières ; modalités de désignation au sénat coutumier et aux conseils coutumiers, sous réserve des dispositions des articles 137, 138 et 138-1 ;

6° Règles concernant les hydrocarbures, le nickel, le chrome et le cobalt ;

7° Règles du droit domanial de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, sous réserve des dispositions du 13° de l'article 127 ;

8° Règles relatives à l'accès à l'emploi, en application de l'article 24 ;

9° Règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ;

10° Principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

11° Répartition entre les provinces de la dotation de fonctionnement et de la dotation d'équipement mentionnées aux I et II de l'article 181 ;

12° Compétences transférées et échéancier de ces transferts, dans les conditions prévues à la section 1 du chapitre Ier du titre II ».

La présidente de l'Assemblée de la Province Sud est d'ailleurs bien en peine d'argumenter sur cette question.

Et si elle fait plus spécialement référence au point 10°, cela n'est aucunement justifié, la délibération du 6 octobre 2004 n'ayant pas pour seul objet de définir des principes fondamentaux au sens de la loi organique.

Comme les précédents, ce dernier grief sera écarté.

PAR CES MOTIFS,
l'exposante conclut qu'il plaise au Conseil constitutionnel

DECLARER conforme à la Constitution la loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie adoptée par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie le 25 juin 2013, avec toutes les conséquences de droit.



(1.) En l'absence d'autre outil de comparaison international sur les prix, la méthode « Big Mac » présente un bon niveau de pertinence, parce que la formation du prix d'un Big Mac intègre de multiples composants locaux : travail salarié, produits manufacturés, produits agricoles, immobilier commercial, énergie, etc. Les prix du Big Mac ont été relevés en juillet 2008 dans 46 zones monétaires et convertis en US\$ au 1er janvier 2009. Les 5 premiers pays du classement sont la Norvège (64 % au dessus du prix aux E.U), la Suisse (55 %), le Danemark (35 %), la Suède (22 %) la zone euro. En Nouvelle Calédonie le prix du Big Mac se situait à 49 % au dessus du prix aux E.U et en Australie 38 % en dessous.

(2.) Source : Communiqué de presse de mars 2011, Communiqué de presse du 5 janvier 2012, Bulletin du 1er trimestre 2013, www.ufcnouvellecaledonie.nc

(3.) Source : CEROM, Comparaison des prix entre la Nouvelle-Calédonie et la métropole, oct. 2012
http://www.cerom-outremer.fr/IMG/pdf/cerom_-_comparaison_prix_entre_nc_et_metropole_-_octobre_2012.pdf

(4.) Le projet de texte prévoyait un système de déclaration préalable, transformé par la suite en régime d'autorisation.