



C O N S E I L  
E C O N O M I Q U E  
S O C I A L E T  
E N V I R O N N E M E N T A L  
D E L A N O U V E L L E C A L E D O N I E

## RAPPORT & AVIS N°38/2013

*Saisine en urgence relative à 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*



Autorité  
de la concurrence



Présentés par :

Le président de la commission :

M. Jean-Claude BRESIL

Le vice-président de la commission :

M. Jean-Pierre FLOTAT

Le rapporteur de la commission :

M. Jean-Louis VEYRET

Dossier suivi par :

Melle Diane RODRIGUEZ, chargée d'études juridiques au CESE NC

*Adoptés en commission, le 10 décembre 2013,*

*Adoptés en Bureau, le 12 décembre 2013,*

*Présentés en Séance Plénière, le 13 décembre 2013.*

# RAPPORT N°38/2013

Le conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 155 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération modifiée n° 03/CP du 05 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n° 04-CES/2010 du 28 mai 2010, portant règlement intérieur du conseil économique et social,

A été saisi le 26 novembre 2013 par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie **selon la procédure d'urgence** d'un 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,

Le bureau du conseil économique, social et environnemental a confié à la commission du développement économique, de la fiscalité et du budget, le soin d'instruire ce dossier,

Elle s'est réunie à deux reprises pour auditionner les représentants des services concernés par ce sujet, à savoir :

DATES	LES INVITÉS AUDITIONNÉS
03/12/2013	<b>Monsieur Olivier RAZAVET</b> , directeur des affaires économiques de la Nouvelle-Calédonie (DAE), accompagné de <b>monsieur Juan-Miguel SANTIAGO</b> , chef du service de la concurrence et de la répression des fraudes.
<i>Lesquels ont apporté un précieux concours aux travaux du conseil économique, social et environnemental dont les conclusions vous sont présentées dans l'avis ci-joint. En outre, l'association UFC Que Choisir, le MEDEF-NC et le syndicat des commerçants ont également transmis leurs observations par écrit. Par ailleurs, sollicités par courrier afin d'apporter leur contribution, la FSFAOFP, l'USOENC, la COGETRA, la CSTC FO, la CSTNC, l'USTKE, l'UTCFCGCGC, FO consommateurs, l'UPA et la CGPME n'ont formulé aucun retour.</i>	
10/12/2013	<b>Réunion d'examen &amp; d'approbation en commission</b>
12/12/2013	<b>BUREAU</b>
13/12/2013	<b>SÉANCE PLÉNIÈRE</b>
<b>4</b>	<b>2</b>

**Conformément aux articles 22-19 et 22-20 de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « réglementation des poids et mesures ; consommation, concurrence et répression des fraudes, droit de la concentration économique » ainsi qu'en matière de « réglementation des prix et organisation des marchés ».**

**C'est dans ce contexte juridique que s'inscrit l'examen du présent avant-projet de loi du pays.**

## I – PRÉSENTATION DE LA SAISINE

### **A. Rappel du contexte**

Depuis la modification de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 par la loi n°2013-1027 du 15 novembre 2013, le congrès de la Nouvelle-Calédonie peut, par une loi du pays, créer une autorité administrative indépendante dotée du pouvoir :

- de prendre des décisions individuelles ou réglementaires,
- de prononcer des sanctions administratives,
- d'investigation et de règlement des différends.

Le conseil économique, social et environnemental a eu l'occasion, le 28 novembre dernier, de se prononcer sur une proposition de loi du pays portant création d'une autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. S'il a émis un avis favorable sur l'orientation générale du texte, il a néanmoins souligné l'importance de respecter l'indépendance des membres qui composent cette structure et de mettre en œuvre des procédures simplifiées pour faciliter le traitement rapide des dossiers.

Aujourd'hui, notre institution doit se prononcer sur un projet de texte émis par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant également création d'une autorité de la concurrence qui aurait la responsabilité de mettre en œuvre l'ensemble des outils de contrôle de la concurrence au profit des consommateurs, et modifiant subséquemment le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

### **B. Dispositions générales**

Le projet de texte prévoit de modifier des dispositions d'ordre général telles que :

- celles concernant la procédure d'édition des délibérations du congrès sur la réglementation des prix et des arrêtés du gouvernement fixant les prix et tarifs réglementés afin de prévoir une consultation de l'autorité de la concurrence ;
- celles relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux injonctions structurelles ;
- ou encore celles touchant aux opérations de concentration dont l'examen serait dorénavant confié à l'autorité de la concurrence.

## **C. Les compétences et les prérogatives du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et de l'Etat**

Au vu du statut juridique particulier de la Nouvelle-Calédonie, la création d'une autorité indépendante de la concurrence doit respecter la répartition des compétences tant de l'Etat que de la collectivité locale.

### ***1. En matière de procédures et voies de recours***

Ainsi, en matière de respect des compétences de l'Etat au niveau des procédures et voies de recours, il convient de noter que parallèlement à l'adoption de la loi organique modifiée, une loi ordinaire a été adoptée prévoyant que le gouvernement de la République française procède par voie d'ordonnances à l'extension au territoire de certaines dispositions en la matière.

### ***2. En matière budgétaire***

Le respect des compétences de la Nouvelle-Calédonie s'entend également en termes de nomination du président de l'autorité de la concurrence et de règles budgétaires. En effet, le budget de l'autorité de la concurrence relèvera de celui de la Nouvelle-Calédonie.

Ainsi les compétences budgétaires relèvent du seul président du gouvernement. Par conséquent, le président de l'autorité de la concurrence ne peut être ordonnateur du budget affecté à cette instance.

### ***3. En matière de nomination aux emplois publics***

En ce qui concerne la capacité de l'autorité de la concurrence de recruter des agents, le projet prévoit, au vu de la rédaction de la loi organique, que seul le président du gouvernement peut nommer aux emplois publics ce qui diffère de la proposition de loi du pays présentée en novembre dernier.

### ***4. La création d'une fonction de commissaire du gouvernement***

De surcroît, le texte prévoit la création d'un commissaire du gouvernement : il s'agit d'une personne consultée non affectée à l'autorité de la concurrence. De cette manière, le gouvernement pourra faire valoir ses intérêts.

### ***5. La création d'un pouvoir d'évocation***

Le projet de texte prévoit également de créer, au profit du gouvernement, un pouvoir d'évocation. Ce pouvoir, existant dans la très grande majorité des pays dotés d'une autorité de concurrence, y compris en métropole, permet au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'intervenir au nom de motifs d'intérêt général tels que l'emploi, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale.

La décision par laquelle le gouvernement viendra statuer sur l'opération pour des motifs d'intérêt général autres que la concurrence viendra ainsi compléter ou modifier la décision de l'autorité de la concurrence, ou s'y substituer. Ce pouvoir d'évocation permet de créer un équilibre entre l'intervention de l'autorité de la concurrence sur les aspects concurrentiels et l'intervention du gouvernement pour d'autres motifs.

## **D. L'autorité de la concurrence : indépendance et impartialité**

### **1. Organisation**

L'objectif est de garantir la compétence et l'indépendance de l'ensemble des membres de l'autorité de la concurrence.

Au niveau de la nomination des membres du collège, les conditions sont prévues par la loi organique à savoir une nomination par le gouvernement après habilitation des 3/5ème des membres du congrès. Les régimes d'incompatibilités de fonctions relèvent également de la loi organique.

Sur les conditions de nomination du président, le critère de compétences prévaudra.

S'agissant des services d'instruction, ils sont nommés non pas par l'autorité de la concurrence mais par le gouvernement.

### **2. Attributions**

Le projet de texte transfère à la nouvelle autorité un champ de compétence large ce qui lui permet d'agir sur tous les leviers permettant de stimuler la concurrence et de garantir une bonne allocation des ressources entre la nouvelle autorité et la direction des affaires économiques. A cet effet, un panel de moyens d'interventions complet lui est confié (avis, contentieux et contrôle a priori).

Le gouvernement propose donc de transférer l'intégralité des missions relatives à la concurrence à la nouvelle autorité administrative indépendante, afin d'une part, de rendre cohérentes et homogènes les missions exercées en matière de concurrence et de concentration économique et d'autre part, de permettre à l'autorité d'atteindre une certaine dimension.

Ce type de transfert permet également d'octroyer à l'autorité tous les outils pour agir sur les structures et les comportements abusifs anticoncurrentiels. Par ailleurs, il rationalise les moyens (humains et matériels) mis à disposition de la Nouvelle-Calédonie pour assumer ces diverses missions, sans créer de doublons entre celles exercées par l'autorité et les services du gouvernement.

### **3. Procédures**

Le texte met en place des procédures juridiquement sécurisées, transparentes et non discriminatoires. D'où l'importance de respecter une séparation claire des fonctions d'instruction et de jugement pour garantir les droits de la défense. A ce titre, le rapporteur général ne participe pas à l'ensemble des réunions.

### **4. Décisions**

L'autorité de la concurrence dispose d'un panel complet de moyens d'action tant au pénal qu'au civil afin de dissuader au mieux les entreprises (procès-verbaux, assignations, transactions, sanctions administratives, mesures conservatoires, injonctions, non contestation de griefs, etc.). Ainsi, elle joue un rôle à la fois de dissuasion et de sanction.

## **E. Le droit applicable en matière de concurrence**

A côté de la création d'une telle autorité administrative indépendante, l'avant-projet de loi du pays envisage des modifications du droit applicable.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, le dispositif s'applique même lorsque les ententes sont mises en œuvre par l'intermédiaire d'un groupe non implanté sur le territoire. De plus, l'autorité de la concurrence est consultée sur des projets de lois, de délibérations ou d'arrêtés restrictifs de concurrence afin de trouver un équilibre avec la protection des entreprises.

En outre, il projette d'étendre le contrôle des concentrations notamment en ajoutant un second seuil du chiffre d'affaires équivalant à 1 F/CFP avec au minimum deux entreprises. Il s'agit dans ce cas de concentrer les moyens sur les opérations susceptibles d'avoir un impact, même minime, en Nouvelle-Calédonie.

De surcroît, le texte envisage de revoir le contrôle des opérations de commerce de détails pour clarifier la procédure et prévoir des engagements possibles. Actuellement si une entreprise rachète un commerce de détails et qu'un problème de concurrence se pose, la seule solution est l'interdiction de l'opération. Le nouveau dispositif permettrait de proposer des engagements à l'image des concentrations.

Pour finir, il est également prévu de revoir le seuil de revente à perte afin d'apporter davantage de souplesse.

## **II - OBSERVATIONS DU CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL**

Eu égard aux auditions menées sur ce sujet, le conseil économique, social et environnemental émet des constats relatifs aux points suivants :

- **Sur le respect des compétences de l'Etat**, il constate qu'en l'absence d'ordonnance prise dans un délai raisonnable, la Nouvelle-Calédonie sera confrontée à un vide juridique en matière de voies et délais de recours. En effet, sans l'extension des dispositions applicables en métropole, les parties ne sauront pas vers quelle juridiction se tourner. En métropole, pour des raisons historiques, on distingue les concentrations relevant du Conseil d'Etat et les pratiques anticoncurrentielles relevant de la Cour d'appel de Paris. En Nouvelle-Calédonie, les litiges gérés par l'autorité de la concurrence pourraient relever soit des juridictions administratives locales soit du Conseil d'Etat.
- **Sur la composition et la nomination des membres**, il relève que le président de l'autorité de la concurrence peut être un expert en la matière. Ainsi, ne sont pas uniquement concernés les magistrats comme cela était le cas dans l'avis n°34/2013 du conseil économique, social et environnemental.

- **Sur les attributions de l'autorité de la concurrence**, il regrette encore que le conseil économique, social et environnemental ne soit pas compétent pour saisir l'autorité de la concurrence. Il remarque également l'absence des présidents des entités intercommunales au titre des personnes susceptibles de saisir cette nouvelle instance pour avis.
- **Sur la compétence en matière de saisine irrecevable**, il rejoint l'avis du conseil économique, social et environnemental précité : aussi il s'interroge sur la légitimité de confier ce pouvoir au seul président de l'autorité de la concurrence, même pour des raisons purement pratiques tel que l'allégement des procédures.
- **Sur le pouvoir d'évocation du gouvernement**, il met en exergue le risque d'appréciation de l'exercice d'un tel pouvoir. Bien que ce dernier n'ait pas encore été utilisé en métropole, il insiste sur les risques qui en découlent notamment en matière de respect de l'indépendance de l'autorité de la concurrence.

S'il est vrai que sa mise en œuvre doit répondre à une atteinte disproportionnée à un intérêt légitime, il reviendra au Conseil d'Etat par le biais d'un contrôle approfondi d'en vérifier le bon exercice.

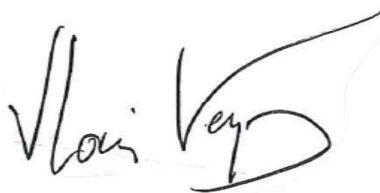
### III – CONCLUSION

**A titre liminaire**, le conseil économique, social et environnemental rappelle qu'il a déjà eu à se prononcer sur ce sujet à plusieurs reprises. Aussi, il réitère les propositions et recommandations formulées dans son avis n°34/2013 en date du 28 novembre 2013.

**De surcroît**, il suggère de cadrer le pouvoir d'évocation du gouvernement qui risque de remettre en cause les décisions d'une autorité administrative indépendante.

En conclusion, le conseil économique, social et environnemental émet un avis favorable à 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.

LE SECRÉTAIRE



Jean-Louis VEYRET

LE PRÉSIDENT



Yves TISSANDIER