



Autorité de la Concurrence  
de la Nouvelle-Calédonie

**Avis n° 2018-A-10 du 10 décembre 2018**

**Sur l'avant-projet de loi du pays portant *régulation du marché et diverses dispositions d'ordre économique et fiscal***

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

Vu la saisine du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le gouvernement ») par laquelle ce dernier sollicite l'avis de l'Autorité, sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du code de commerce, sur l'avant-projet de loi du pays *portant régulation du marché et diverses dispositions d'ordre économique et fiscal* ;

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

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

Vu le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, les commissaires du gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité du 6 décembre 2018 ;

Après en avoir délibéré le 6 décembre 2018, adopte l'avis suivant :

# Sommaire

RESUME.....	4
LES 15 RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITE.....	6
INTRODUCTION.....	8
I. ACTUALISATION DES PRINCIPAUX CONSTATS ET RAPPEL DES CONCLUSIONS DE L'AUTORITE DANS LE CADRE DE SA RECOMMANDATION DU 9 NOVEMBRE 2018 .....	9
<i>A. Une volonté politique ancienne de se protéger de la concurrence internationale pour développer une économie endogène.....</i>	<i>9</i>
<i>B. L'analyse concurrentielle de la réglementation sur les protections de marché.....</i>	<i>13</i>
II. L'AVIS DE L'AUTORITE SUR L'AVANT-PROJET DE LOI DU PAYS PORTANT <i>REGULATION DES MARCHES</i> .....	19
<i>A. L'ambition de la réforme : renforcer les mesures protectionnistes en faveur de la production locale.....</i>	<i>19</i>
1. <i>L'exposé des motifs du projet de loi prend le contrepied des recommandations de l'Autorité en privilégiant le soutien de la production locale par des mesures quantitatives plutôt que tarifaires .....</i>	<i>19</i>
2. <i>L'élargissement des objectifs poursuivis par les mesures de régulation de marché .....</i>	<i>22</i>
3. <i>Le choix de la codification démontre une volonté d'inscrire dans la durée un dispositif restreignant la concurrence des produits importés .....</i>	<i>25</i>
a) <i>La volonté d'élever au rang législatif la réglementation sur les régulations de marché .....</i>	<i>25</i>
b) <i>La codification répond à un souci d'accessibilité et de permanence de la réforme .....</i>	<i>26</i>
c) <i>Le choix d'introduire les régulations de marché comme exception au principe de liberté des prix à l'article Lp. 410-2 du code de commerce entend « traduire la vision stratégique du gouvernement » .....</i>	<i>26</i>
<i>B. Le contenu de la réforme : une procédure discrétionnaire, plus rapide, assortie de l'obligation en cas de demande nouvelle de la part d'une entreprise de présenter des contreparties et de justifier de leur mise en œuvre sous peine de sanction .....</i>	<i>28</i>
1. <i>Sur le fond : le renforcement du dispositif actuel et l'introduction de nouvelles contreparties .....</i>	<i>28</i>
a) <i>La suppression des critères d'appréciation des demandes de régulation de marché au profit de l'obligation de présenter des engagements n'est pas justifiée .....</i>	<i>28</i>
b) <i>Le maintien de barrières quantitatives et tarifaires assorti d'une possibilité nouvelle de cumul renforçant leurs effets anticoncurrentiels .....</i>	<i>31</i>
c) <i>La suppression de la double condition de produire et de commercialiser effectivement le produit pour demander une mesure de régulation de marché .....</i>	<i>35</i>
d) <i>Des mesures de régulation de marché accordées pour une durée maximale de 10 ans renouvelables à l'initiative du bénéficiaire .....</i>	<i>37</i>
e) <i>L'introduction d'engagements obligatoires en contrepartie des nouvelles demandes de régulation de marché est positive et mérite d'être approfondie .....</i>	<i>40</i>
f) <i>L'instauration d'un dispositif d'évaluation annuelle des engagements transparent et le rétablissement d'une veille économique annuelle.....</i>	<i>45</i>
g) <i>La révision bienvenue de la procédure d'octroi et de répartition des quotas à préciser par arrêté .....</i>	<i>46</i>
h) <i>La révision a minima de la procédure d'octroi d'une dérogation en cas de STOP.....</i>	<i>49</i>
i) <i>L'introduction de sanctions administratives qui mériteraient d'être renforcées .....</i>	<i>50</i>

<b>2. Sur le plan procédural : le pouvoir quasi-discrétionnaire du gouvernement .....</b>	<b>51</b>
a) Une délégation totale du pouvoir au gouvernement pour décider de la nomenclature douanière, des produits soumis à la taxe de régulation de marché (TRM), du taux de la TRM, de l'éventuelle réglementation des prix, de l'instruction jusqu'à la décision finale, de la révision ou la suppression de la mesure de régulation, de sa durée et de son renouvellement ainsi que de la nature des engagements souscrits .....	51
b) La suppression du COMEX au bénéfice d'une procédure d'instruction confiée aux services de la Nouvelle-Calédonie et d'une décision rendue par le gouvernement dans un délai 70 à 130 jours ouvrés.....	55
c) La consultation purement formelle de l'ACNC sur les nouvelles demandes uniquement, dans un délai restreint à 15 jours ouvrés, renforce l'étendue du pouvoir du gouvernement en matière de régulation de marché .....	56
<b>3. Sur les mesures transitoires : un délai de trois ans nécessaire pour permettre aux services de la Nouvelle-Calédonie de traiter les demandes de renouvellement des mesures de protection de marché selon une procédure simplifiée .....</b>	<b>58</b>

## Résumé

**L'avant-projet de loi du pays présenté par le gouvernement vise à moderniser et renforcer le dispositif des protections de marché, désormais appelé « régulations de marché », afin de soutenir le développement de la production locale dans les secteurs agricole et industriel sous réserve de contreparties de la part des entreprises bénéficiaires. Il est principalement motivé par la nécessité de surmonter les contraintes de l'économie calédonienne liées à son insularité, l'étroitesse de son marché intérieur et sa moindre compétitivité faute de pouvoir bénéficier d'économies d'échelle.**

Dans le cadre de sa **Recommandation n° 2018-A-02 du 9 novembre 2018**, l'Autorité a examiné les effets pro et anticoncurrentiels du dispositif des protections de marché et constaté que s'il ne restreignait qu'une seule forme de concurrence, celle des produits importés, au nom d'objectifs d'intérêt général, ce dispositif ne conduisait pas de manière générale et systématique à une allocation optimale des ressources au sens de la théorie du « bien-être », comme l'avaient déjà démontré plusieurs études économiques. Prenant néanmoins en considération l'existence d'une volonté politique forte de maintenir ce dispositif tout en l'améliorant, elle a formulé de nombreuses recommandations afin de tendre vers une réglementation minimisant les risques d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la libre concurrence et destinée à s'assurer que les mesures de régulation qui seront accordées favoriseront bien le « surplus global ».

**Dans le cadre du présent avis, l'Autorité a tout d'abord actualisé les données à sa disposition.**

Selon les chiffres de la Direction des affaires économiques, les protections de marché, au sens de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006, représentent en 2018 une volumétrie de 506 tarifs douaniers (soit 7,4 % des tarifs douaniers), dont **347 tarifs douaniers sous mesures quantitatives (68 %) et 159 sous mesures tarifaires (32 %)**, hors mesures de régulation des viandes directement importées par l'OCEF.

**Le secteur agricole compte, dans la seule filière fruits, légumes et fleurs, 88 tarifs douaniers sous mesures quantitatives (STOP ou quotas) correspondant à 80 catégories de produits** couvrant une grande partie des fruits, légumes et fleurs. Parmi ces produits, **74 % sont protégés par des quotas (QTOP) et 26 % par des mesures d'interdiction (STOP)**. Ces mesures protectionnistes permettent effectivement d'écouler prioritairement les produits locaux et de contribuer à l'augmentation de la production animale et végétale, mais **n'ont pas permis d'augmenter sensiblement le taux d'autosuffisance alimentaire depuis dix ans** (évalué à 18 % en volume et à 45 % en valeur en 2017 contre respectivement 14 % et 51 % en 2007), compte tenu de la croissance démographique, **ni empêcher le déclin de la population active agricole depuis trente ans** (moins de 2 % de la population active en 2017). Dans le secteur des fruits et légumes en particulier, **le système de contingentement a, par ailleurs, contribué à la raréfaction des produits offerts aux consommateurs et à l'augmentation anormale des prix entre 2010 et 2016** (+14 % pour les légumes et + 44 % pour les fruits alors que l'indice des prix à la consommation hors tabac était de 6 % sur la période).

**Le secteur de l'industrie de transformation compte quant à lui 418 tarifs douaniers protégés, dont 259 par des mesures quantitatives (62 %) et 159 par des mesures tarifaires (38 %), qui correspondraient à 102 catégories de produits** selon la Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie (45 catégories de produits agroalimentaires, 17 catégories de produits de consommation courante et d'équipement de la maison, 13 catégories de produits du bâtiment, 8 catégories de produits textiles, 6 catégories de produits relevant du secteur de l'imprimerie, 7 catégories de biens intermédiaires et d'équipements industriels et 6 catégories de biens du secteur auto/moto/bateau).

**Dans ce secteur, qui représente 9 % de la création de richesse en 2017, la création d'entreprises a effectivement augmenté depuis 2007, passant de 1 837 entreprises à 2 628 entreprises recensées en 2018** (soit + 43 % par rapport à 2007). Parmi celles-ci, seules 583 entreprises emploieraient au moins un salarié (soit 22 % des entreprises du secteur) dont 275 entreprises protégées (soit 47 % des entreprises employeuses). **Sur la période 2007-2017, il apparaît néanmoins que l'emploi salarié dans ce secteur est relativement stable malgré le dispositif des protections de marché.** En effet, selon le rapport annuel de l'IEOM en 2017, l'industrie (hors mine et métallurgie) emploie près de 7 500 emplois alors qu'il décomptait déjà 7 316 emplois dans ce secteur dans son rapport annuel pour l'année 2008. L'Autorité en a déduit que l'augmentation de 43 % du nombre d'entreprises (soit 791 entreprises) sur cette période correspond principalement à des entreprises unipersonnelles non-employeuses.

**L'examen de l'avant-projet de loi du pays a ensuite permis à l'Autorité de constater que si le gouvernement a retenu certaines de ses recommandations du 9 novembre 2018** (introduction d'un objectif de « création d'emplois », instauration de contreparties obligatoires de la part des entreprises bénéficiaires de mesures de régulation de marché, simplification de la procédure d'instruction des demandes, rétablissement d'une veille économique, nouvelle méthode d'attribution et de répartition des quotas dans un sens plus concurrentiel, interdiction des effets d'aubaine au sein d'un groupe d'entreprises, renouvellement sur demande de l'entreprise sous réserve de nouveaux engagements au lieu de l'actuel renouvellement tacite, suivi annuel des engagements sous peine de sanctions administratives, information du congrès chaque année), **la philosophie qu'il porte est de privilégier et multiplier les mesures de régulation quantitatives (STOP et quotas) alors qu'elle préconisait, au contraire, de privilégier les mesures tarifaires, dont les effets anticoncurrentiels sont moindres, et de recourir, en dernier ressort aux mesures de contingentement ou d'interdiction en tenant compte de l'intensité concurrentielle sur le marché local.**

**Prenant acte de ce choix politique qui entend faire primer le développement de la production locale et de l'emploi sur un objectif de baisse des prix par la promotion de la concurrence, l'Autorité a proposé 15 recommandations considérant qu'il est néanmoins possible de mieux concilier ces objectifs.**

**Sur le fond, l'Autorité rappelle la nécessité d'introduire, dans la loi, des critères objectifs d'examen des demandes de mesures de régulation de marché** en s'inspirant de la grille d'analyse de l'article Lp. 421-4 du code de commerce, qui impose de vérifier que 1) la mesure de régulation de marché contribue directement au « progrès économique » ; 2) qu'elle réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte ; 3) qu'elle n'élimine pas une partie substantielle de la concurrence et 4) qu'elle est indispensable, c'est-à-dire qu'il n'existe pas d'autres moyens moins attentatoires à la concurrence pour atteindre ce progrès économique. Elle invite de nouveau le gouvernement à **supprimer toute possibilité de cumul de protections quantitative et tarifaire sur un même produit** et à **réserver l'octroi de mesures de régulation de marché aux seules entreprises locales ayant effectivement entamé la production et la commercialisation des produits protégés.**

S'agissant des **engagements**, l'Autorité propose de préciser leur **finalité**, de les **formuler de manière positive**, de prévoir leur constatation par arrêté pour être **opposables**, d'imposer qu'ils **s'appliquent pendant toute la durée de la protection** et de préciser qu'ils doivent être **efficaces, quantifiables, vérifiables et rapides à mettre en œuvre.**

**Sur le plan procédural, l'Autorité souligne la concentration de tous les pouvoirs au sein du gouvernement** (règlementation douanière, règlementation des prix, octroi / modification / suppression / suspension / renouvellement de la mesure de régulation, application de la taxe de régulation de marché, examen des engagements) **à travers la suppression de toute forme de consultation, à l'exception de son avis**, réputé rendu au-delà d'un délai de 15 jours ouvrés. Or, **l'Autorité considère ne pas être en mesure de rendre un avis indépendant et circonstancié dans un délai de 15 jours ouvrés et propose qu'il soit porté à 40 jours ouvrés afin de pouvoir apporter un véritable éclairage économique au gouvernement sur les conséquences de la mesure demandée sur le bien-être collectif.** De plus, elle suggère de **rendre public le rapport annuel transmis au congrès et de prévoir la tenue obligatoire d'un débat en séance publique sur ce rapport** afin d'accroître la transparence sur ce sujet de société. Elle propose également de renforcer les garanties des entreprises aux différents stades de la procédure à travers un **meilleur respect du contradictoire**, de **rendre le dispositif de dérogation aux mesures STOP moins arbitraire et de renforcer le montant maximal des sanctions pécuniaires en cas de non-respect des engagements pris par les entreprises bénéficiaires pour le rendre plus dissuasif.**

Enfin, dans le cadre de l'examen des demandes de renouvellement des mesures de régulation de marché en vigueur dans un délai de 36 mois, elle recommande au gouvernement de **privilégier d'abord l'examen des demandes relatives à des mesures d'interdiction (STOP, SHUE), puis celles relatives aux mesures de contingentement (QTOP, QUE) avant de réexaminer le bien-fondé des protections tarifaires en vigueur.** Elle invite le gouvernement à procéder, dans ce délai, à un véritable réexamen du bien-fondé de chaque mesure de protection de marché, conformément à la **révision générale des protections de marché** qu'elle appelait de ses vœux le 9 novembre 2018.

## Les 15 recommandations de l'Autorité

### SUR LE FOND

**Recommandation n° 2 : introduire des critères objectifs d'examen des demandes de régulation de marché** en complétant l'article Lp. 413-1 par l'alinéa suivant : « *L'octroi d'une mesure de régulation de marché s'apprécie au regard de sa contribution au progrès économique et de la démonstration qu'elle réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner à ses bénéficiaires la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause et qu'elle s'avère indispensable pour parvenir au progrès économique envisagé.* ».

**Recommandation n° 3 : supprimer toute possibilité de cumuler barrière quantitative et barrière tarifaire sur un même produit** en supprimant, à l'article Lp. 413-4, les mots : « *de manière alternative ou cumulative* ».

**Recommandation n° 4 : réserver l'octroi de mesures de régulation de marché à des produits effectivement fabriqués ou transformés localement et présents dans les circuits de distribution** en complétant l'article Lp. 413-2 par un III ainsi rédigé : « *III. - Seuls les produits locaux dont la production et la commercialisation sont effectives, c'est-à-dire présents dans les circuits de distribution, peuvent faire l'objet d'une demande de régulation de marché* ». A défaut, préciser à l'article Lp. 413-4 que : « *Les mesures de régulation de marché accordées en application du présent chapitre ne prennent effet qu'au jour de la première mise en circulation des produits fabriqués ou transformés localement dans les réseaux de distribution* ».

**Recommandation n° 6 : préciser la finalité des engagements, prévoir leur constatation par arrêté du gouvernement et imposer qu'ils s'appliquent pendant l'ensemble de la durée de la protection accordée.** Pour ce faire, compléter l'article Lp. 413-5 par un III ainsi rédigé : « *III. - Les engagements pris par une entreprise en application du présent article apportent au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être des consommateurs liées à la mesure de régulation de marché demandée et s'appliquent pendant l'ensemble de la durée de la mesure de régulation accordée. Ils sont constatés par arrêté du gouvernement à l'issue de la procédure prévue à l'article Lp. 413-13 du présent code.* »

**Recommandation n° 7 : compléter l'article Lp. 413-5 par un IV ainsi rédigé : « IV.- Les engagements proposés doivent être efficaces, quantifiables, vérifiables, spécifiques à la demande et rapides à mettre en œuvre ».**

**Recommandation n° 8 : au I de l'article Lp. 413-5, formuler de manière positive les contreparties attendues de la part des entreprises demandant une mesure de régulation de marché** en visant « *l'amélioration* » de la qualité, de la diversité des produits ou l'instauration de norme au 1° ; le « *maintien ou la baisse* » des prix au 2°, le « *développement* » de l'investissement au 3° ; le « *maintien ou la création* » d'emplois au 4° ; « *l'amélioration* » de la gestion des ressources humaines au 5° ; « *l'accroissement de la compétitivité* » au 6° ; la « *valorisation* » de la filière au 7° et la « *promotion* » du développement durable au 8°.

### SUR LA PROCEDURE

**Recommandation n° 14 :** modifier le II de l'article Lp. 413-13 afin de **laisser un délai de 40 jours ouvrés à l'ACNC pour rendre son avis sur toute demande de régulation de marché sauf à vouloir la marginaliser.**

**Recommandation n° 12 :** en cas d'octroi d'une mesure de régulation de marché quantitative impliquant la création d'une nouvelle sous-position douanière, introduire une **clause de revoyure obligatoire dans les six à douze mois** suivant cette décision pour ajuster, le cas échéant, la définition de la sous-position douanière, le champ ou le niveau de la mesure de régulation accordée, dans le cadre d'une procédure contradictoire avec les entreprises bénéficiaires.

**Recommandation n° 5** : en cas de demande de renouvellement d'une mesure de régulation de marché, modifier le troisième alinéa du I de l'article Lp. 413-14 afin de **prévoir** : 1) l'**obligation pour l'entreprise de présenter un bilan de l'efficacité de la mesure de protection accordée à l'origine** ; 2) la **consultation obligatoire de l'Autorité sur cette demande de renouvellement** ; 3) le fait que la **durée de la mesure de régulation accordée initialement n'est pas reconduite automatiquement**.

**Recommandation n° 9** : en cas de projet de suspension ou de révision d'une mesure de régulation de marché par le gouvernement, **introduire** au II de l'article Lp. 413-14 **une procédure contradictoire obligatoire** avec les entreprises bénéficiaires avant de prendre un **arrêté motivé** démontrant les raisons pour lesquelles la mesure n'est plus adaptée.

**Recommandation n° 13** : **prévoir un débat en séance publique au congrès après la transmission du rapport annuel du gouvernement sur les régulations de marchés, qui serait rendu public** en modifiant la fin de l'article Lp. 413-10 par les mots « *un rapport public sur le dispositif de régulation de marché qui donne lieu à un débat en séance publique* ».

**Recommandation n° 10** : **réformer la procédure de demande de dérogation en cas de STOP** mentionnée à l'article Lp. 413-19 en précisant, avant le dernier alinéa, que : « *Ces entreprises disposent d'un délai de 15 jours pour répondre à la consultation au-delà duquel la réponse est réputée positive. Tout refus est dûment motivé. Le service instructeur dispose d'un délai de 15 jours pour rendre une décision suivant l'expiration du délai de consultation : s'il estime que le refus est justifié, il notifie une décision de refus au demandeur et peut enjoindre aux entreprises d'approvisionner ce dernier dans un délai qu'il fixe. Sinon, il accorde la dérogation et notifie sa décision au demandeur. Au total, la procédure ne devrait pas excéder un délai de 40 jours à compter de l'enregistrement de la demande par le service instructeur* ».

#### **SUR LA CODIFICATION**

**Recommandation n° 1** : modifier l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi pour **introduire un nouvel article Lp. 410-3** au sein du titre I du livre IV du code de commerce précisant clairement que le **dispositif de régulation de marché est une exception au principe de libre concurrence**.

#### **SUR LES SANCTIONS ET LES MESURES TRANSITOIRES**

**Recommandation n° 11** : modifier l'article Lp. 413-21 pour **augmenter sensiblement le montant maximal des sanctions pécuniaires** en s'inspirant, par exemple, du dispositif applicable en cas de non-respect des engagements pris lors d'une opération de concentration.

**Recommandation n° 15** : pendant le délai de 36 mois suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, **cibler, en priorité, l'examen des demandes de renouvellement des mesures de suspension, avant de traiter les demandes de renouvellement de mesures de contingentement puis les demandes de régulation tarifaires** compte tenu de leurs effets plus ou moins importants sur le fonctionnement concurrentiel des marchés.

## Introduction

1. Le 20 novembre 2018, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « le gouvernement ») a saisi pour avis l’Autorité, sur le fondement de l’article Lp. 462-2 du code de commerce, sur l’avant-projet de loi du pays portant régulation du marché et diverses dispositions d’ordre économique et fiscal
2. Cet avant-projet de loi du pays vise à consacrer, par la loi, la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie issue de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 qui limite les possibilités d’importations de produits concurrents à ceux fabriqués ou transformés en Nouvelle-Calédonie, et à la moderniser. Ainsi, l’exposé des motifs de cet avant-projet de loi du pays précise-t-il les objectifs de la réforme : « *Pour que la Nouvelle-Calédonie puisse susciter un nouvel essor de l’industrie de transformation et bénéficier des investissements et de la création d’emplois induits, il est aujourd’hui important de se doter d’une politique publique claire et volontariste en faveur de la priorité donnée à la production intérieure et à l’écoulement de ses produits* ».
3. Il résulte de l’article Lp. 462-2 du code de commerce et en particulier du 1° qui dispose que : « *L’autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est obligatoirement consultée [...] par le gouvernement sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d’arrêté instituant ou renouvelant un régime ayant directement pour effet : de soumettre l’exercice d’une profession ou l’accès à un marché à des restrictions quantitatives* », que l’Autorité est compétente pour répondre à la demande d’avis du gouvernement mentionnée *supra*.
4. Cet avant-projet de loi du pays fait suite à la Recommandation de l’Autorité n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 relative à la modernisation de la réglementation des protections de marché mais n’en tire que peu d’enseignements, le choix du gouvernement étant d’élargir le champ des restrictions à l’importation en contrepartie d’engagements de la part des entreprises bénéficiaires alors que l’Autorité recommandait plutôt une révision générale des protections de marché en raison de leur caractère anticoncurrentiel, destinée à supprimer certaines mesures quantitatives ou tarifaires ou à transformer les mesures quantitatives en mesures tarifaires dès lors que leur maintien ne s’avère plus pertinent.
5. Il convient d’ailleurs de souligner que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n’a pas attendu de connaître la position de l’Autorité sur l’opportunité de moderniser la réglementation sur les protections de marché puisqu’il a présenté un premier avant-projet de loi au comité du commerce extérieur (COMEX) le 24 octobre 2018. Lors de cette séance, le Président du gouvernement a indiqué que le COMEX était « *l’unique instance consultée en amont du passage au gouvernement* »<sup>1</sup>. La Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie (FINC) a néanmoins indiqué lors de l’instruction du présent avis avoir été consultée ou sollicitée par le gouvernement dans le cadre de l’élaboration de l’avant-projet de Loi du pays en précisant que « *des réunions se sont tenues afin de travailler sur les problématiques soulevées par le dispositif actuel (délai, procédure, engagements et contreparties)* »<sup>2</sup>. Il faut également relever que deux membres du COMEX, le Syndicat des importateurs et distributeurs de la Nouvelle-Calédonie (SIDNC) et le syndicat des commerçants de la Nouvelle-Calédonie (SCNC), ont refusé de participer à cette séance du COMEX du 24 octobre 2018 au motif que la présentation de la réforme par le gouvernement était intervenue avant de connaître l’avis de l’Autorité sur ce sujet alors que cette dernière avait auditionné l’ensemble des acteurs économiques calédoniens. Il

---

<sup>1</sup> Voir le compte-rendu de la séance du COMEX du 24 octobre 2018.

<sup>2</sup> Voir la réponse des représentants de la FINC au questionnaire.



proposait de créer un groupe de travail réunissant « *les services du gouvernement, l'ACNC, les chambres consulaires, les organisations patronales représentatives et les syndicats professionnels représentatifs (...)* pour aboutir à une réforme qui fasse consensus »<sup>3</sup>. A l'issue de cette séance, et après avoir fait part d'un certain nombre d'observations et de remarques au gouvernement, les membres du COMEX présents ont émis un avis favorable à l'unanimité sur ce premier avant-projet de loi du pays<sup>4</sup>. Les représentants de l'Intersyndicale Vie-chère ont pour leur part regretté de ne pas avoir été consultés en amont de l'adoption de l'avant-projet de loi par le gouvernement : « *Nous n'avons pas été consultés. Le COSUI n'a pas été réuni pour étudier ce P.J.L. Nous avons écrit au PGNC pour lui indiquer que ce n'était pas normal alors que ce sujet faisait partie des Accords économiques et sociaux en 2012, puis inscrit à l'Agenda partagé économique, fiscal, social signé par les partenaires sociaux en 2014, qui s'engageait sur le fond comme sur la méthode* »<sup>5</sup>.

6. Finalement, à la suite de la Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a modifié le texte présenté au COMEX le 24 octobre 2018 afin de prendre en considération certaines des recommandations de l'Autorité pour aboutir au présent avant-projet de loi du pays.
7. Dans la mesure où l'Autorité a déjà examiné en détail le fonctionnement de l'économie calédonienne ainsi que l'impact anticoncurrentiel des différentes mesures de protection de marché, désormais appelées « régulation de marché » et formulé de nombreuses recommandations pour que la modernisation de la réglementation tende vers un dispositif plus concurrentiel et susceptible d'exercer une pression à la baisse sur les prix au bénéfice du consommateur final, le présent avis se concentrera sur l'évaluation de la réforme envisagée par rapport à ces recommandations (II), après avoir rappelé très brièvement l'analyse de l'Autorité dans sa Recommandation n° 2018-R-02 précitée et actualisé les chiffres relatifs aux protections de marché obtenus depuis (I).

## **I. Actualisation des principaux constats et rappel des conclusions de l'Autorité dans le cadre de sa Recommandation du 9 novembre 2018**

---

### ***A. Une volonté politique ancienne de se protéger de la concurrence internationale pour développer une économie endogène***

8. Dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-A-02 du 9 novembre 2018 précitée, l'Autorité a mené une réflexion générale sur le dispositif des protections de marché afin d'inciter, le cas échéant, le gouvernement à le moderniser dans un sens plus compatible avec le droit de la concurrence. Elle a constaté que les protections de marché dans le secteur agricole, et dans une moindre mesure dans le secteur de l'industrie de la transformation, ont contribué à façonner un modèle de développement économique endogène protégé de la concurrence des produits importés étrangers et éloigné des systèmes de libre échange international.

---

<sup>3</sup> Voir le courrier du SCNC et du SIDNC au Président du gouvernement en date du 24 octobre 2018.

<sup>4</sup> Voir le compte-rendu de la séance du COMEX du 24 octobre 2018.

<sup>5</sup> Voir la réponse au questionnaire de l'Intersyndicale Vie-chère.

9. Dans un premier temps, l'Autorité a observé qu'il existe une **volonté politique ancienne de protéger l'agriculture locale** afin de maintenir une population agricole, en particulier en brousse et dans les îles Loyauté, et d'améliorer le taux d'autosuffisance alimentaire de la Nouvelle-Calédonie. Depuis trente ans, **les pouvoirs publics se sont également orientés vers la protection d'une industrie de production et de transformation locale** au fil de divers dispositifs réglementaires dont le dernier en date est la délibération n° 252 *relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie*, en vigueur depuis le 28 décembre 2006 (ci-après, la « délibération n° 252 »). Cette stratégie économique est intervenue en réaction au développement d'une « économie de comptoirs » pour limiter la dépendance du territoire aux importations, comme le rappelle l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi du pays soumis à l'avis de l'Autorité.
10. La délibération n° 252 vise à garantir le développement des filières agricoles et industrielles locales. Elle autorise **soit des mesures quantitatives d'interdiction (STOP ou SHUE<sup>6</sup>) ou de contingentement (QTOP, QHUE, QUE<sup>7</sup>) soit des mesures tarifaires, pour empêcher ou limiter les importations**. Malgré des objectifs variés et des critères d'analyse des demandes de protection de marché bien identifiés mais non hiérarchisés, elle repose sur une procédure d'instruction des dossiers par les services du gouvernement qui doit donner lieu à un arbitrage collégial au sein du Comité du commerce extérieur (COMEX). Or, la durée de la procédure, la composition et le fonctionnement du COMEX posent des difficultés importantes, les avis de ce Comité n'étant d'ailleurs pas toujours suivis. De plus, les protections accordées, en principe pour cinq ans, sont renouvelées sans limitation ni évaluation. Enfin, l'introduction récente de contreparties demandées aux producteurs locaux à travers des contrats de performance à l'initiative du 14<sup>e</sup> gouvernement de M. Philippe Germain repose sur une assise juridique incertaine et reste à ce jour très limitée. Ceci justifie donc une profonde réforme du dispositif.
11. **L'essor des protections de marché a contribué à façonner un modèle de développement économique endogène atypique de la Nouvelle-Calédonie.**
12. **La situation géographique de la Nouvelle-Calédonie forme une barrière naturelle** lui permettant de se prémunir de l'environnement extérieur mais constitue un surcoût indéniable en raison de son degré d'éloignement relatif des pôles urbains et commerciaux. Parallèlement à ces facteurs exogènes, les entreprises locales et en particulier celles relevant du secteur industriel sont soumises à des **contraintes liées à l'étroitesse du marché intérieur** (environ 284 000 habitants), ne permettant pas aux producteurs de générer des volumes de production suffisants en vue de dégager des économies d'échelle, ce qui réduit leur compétitivité.
13. **Pour autant, la Nouvelle-Calédonie a connu une très forte croissance entre 1960 et 2012** grâce à un double phénomène de rente fondé sur l'industrie minière et les transferts métropolitains. Cette situation **lui a permis de protéger son tissu productif agricole et industriel et d'évoluer telle une « économie sous serre »**. Ainsi, les secteurs de l'économie exposés à la concurrence internationale, représentant près de 40 % du PIB au milieu des années 70 n'en représentent plus que 13 %, le secteur des services ayant pris le relais de la croissance et la production agricole et industrielle locale étant largement protégées des importations. **Protégée de la concurrence extérieure, la Nouvelle-Calédonie l'est également sur ses marchés intérieurs, peu concurrentiels car fortement concentrés, ce qui contribue à un phénomène de « vie chère », que renforcent, dans certains cas, les protections de marché.**

---

<sup>6</sup> Suspendu Toute Origine et Provenance (STOP), Suspendu Hors Union Européenne (SHUE).

<sup>7</sup> Quota Toute Origine et Provenance (QTOP), Quota Hors Union Européenne (QHUE), Quota en provenance de l'Union Européenne (QUE).

14. Selon les chiffres de la Direction des affaires économiques, les protections de marché, au sens de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006, représentent en 2018 une volumétrie de 506 tarifs douaniers (soit 7,4% des tarifs douaniers), dont 347 tarifs douaniers sous mesures quantitatives et 159 sous mesures tarifaires (hors OCEF et produits de la pêche transformés<sup>8</sup>).
15. **Le secteur agricole compte, dans la seule filière fruits, légumes et fleurs, 88 tarifs douaniers sous mesures quantitatives (STOP ou quotas) correspondant à 80 catégories de produits** couvrant une grande partie des fruits, légumes et fleurs. Parmi ces produits cultivés par environ 2 500 agriculteurs, **74 % sont protégés par des QTOP et 26 % par des STOP.**
16. **Le secteur de l'industrie** de transformation compte quant à lui **418 tarifs douaniers protégés**, dont 259 par des mesures quantitatives et 159 par des mesures tarifaires (soit 100 % des tarifs douaniers soumis à la taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale -TCPPL).

**Poids des mesures de protection de marché dans le tarif douanier en 2018**

		Nombre de TD protégés	% de TD dans le tarif douanier (6848)	% des TD bénéficiaires de protection de marché
<b>Agriculture</b> (hors OCEF et pêche)	<b>Mesures quantitatives</b>	<b>88</b>	<b>1,2 %</b>	<b>17,3%</b>
	<i>Dont STOP</i>	23 <sup>9</sup>	0,3 %	
	<i>Dont QTOP</i>	65 <sup>10</sup>	1 %	
<b>Industrie</b> (hors mines et métallurgie)	<b>Mesures quantitatives</b>	<b>259</b>	<b>3,7 %</b>	<b>51,2 %</b>
	<i>Dont STOP</i>	141	2,1%	
	<i>Dont SHUE</i>	24	0,4%	
	<i>Dont QTOP</i>	90	1,3%	
	<i>Dont QUE</i>	4	0,1%	
	<b>Mesures tarifaires (TCCPL)</b>	<b>159</b>	<b>2,3%</b>	<b>31,4 %</b>
<b>TOTAL</b>	<b>418</b>	<b>6,1%</b>	<b>100 %</b>	
<b>TOTAL</b>	<b>506</b>	<b>7,4 %</b>	<b>100 %</b>	

Source : DAE- FINC- ACNC

17. Selon les informations transmises par la Fédération des industries de la Nouvelle-Calédonie (FINC) le 3 décembre 2018<sup>11</sup>, les 418 tarifs douaniers auxquels s'appliquent des mesures de protection de marché dans le secteur de l'industrie de transformation, correspondent à 102 catégories de produits<sup>12</sup>. **Sur ces 102 catégories de produits, 54 % seraient protégées par de la TCPPL, 43 % par une mesure STOP, 10 % par une mesure SHUE et 23 % par des quotas (QTOP et QUE).**

<sup>8</sup> Viandes, abats des espèces bovine, porcine, ovine, caprine, chevaline... directement importés par l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF) et viandes, poissons et crustacés réfrigérés ou congelés.

<sup>9</sup> Sur les 23 produits agricoles sous STOP, on décompte 10 tubercules tropicaux, le thym frais et les pommes de terre, le maïs (2TD), le sorgho (3 TD), grains travaillés (3TD).

<sup>10</sup> Sur les 65 produits agricoles sous QTOP, on décompte 36 légumes, 20 fruits, vanille (2 TD), café (2 TD), miel (1 TD) et rose (4 TD).

<sup>11</sup> FINC, *Les chiffres de l'industrie en 2018*, transmis à l'ACNC le 3 décembre 2018.

<sup>12</sup> Une même catégorie de produits pouvant être protégée par plusieurs mesures de protection de marché dès lors que ces mesures ne portent pas sur le même tarif douanier : par exemple, sur les glaces, le tarif douanier 2105.00.53 (glace présentée en bac entre 11 et 2l) est protégé par un STOP et le tarif douanier 2105.00.54 (glace présentée en bac de plus de 2l) est protégé par un SHUE alors que c'est la même catégorie de produits.

18. Ces 102 catégories de produits industriels protégés seraient fabriquées par environ 750 entreprises parmi les 2 628 entreprises du secteur de l'industrie de transformation (hors mines et métallurgie). **Il en résulte que 28,5 % des entreprises du secteur de l'industrie de transformation bénéficient de mesures de protection de marché tandis que 72,5 % des entreprises du secteur resteraient soumises à la concurrence internationale en 2018.**

Nombre de catégories de produits protégées dans le secteur de l'industrie de transformation, par mesure de protection de marché

	TCPPL	STOP	QTOP	SHUE	QUE	Total
Agroalimentaire	27	19	14	3	3	66
Textile	4	2		3		9
Produits conso courante & éq. de la maison	4	15		1		20
Imprimerie	6					6
Produits du bâtiment	7	6	2	3		18
Auto, moto, bateau	6					6
Biens intermédiaires et éq. industriels	1	2	4			7
<b>TOTAL en nombre</b>	<b>55</b>	<b>44</b>	<b>20</b>	<b>10</b>	<b>3</b>	<b>102 (132)</b>
	<b>54 %</b>	<b>43 %</b>	<b>20 %</b>	<b>10 %</b>	<b>3%</b>	

Lecture : 4 catégories de produits textiles sont protégées par une TCPPL, 2 par un STOP et 3 par un SHUE  
54 % des produits protégés le sont par une TCPPL et 43 % par un STOP.

Source : FINC

Protections de marché par catégorie de produits

	% produits sous TCPPL	% produits sous STOP	% produits sous QTOP	% produits sous SHUE	% produits sous QUE
Agroalimentaire	49%	43%	70%	30%	100%
Textile	7%	5%		30%	
Produits conso courante & éq. de la maison	7%	34%		10%	
Imprimerie	11%	0%			
Produits du bâtiment	13%	14%	10%	30%	
Auto, moto, bateau	11%				
Biens intermédiaires et éq. industriels	2%	5%	20%		
<b>TOTAL</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Lecture : 49 % des produits sous TCPPL sont dans la filière agroalimentaire

Source : FINC

19. A ces mesures de protection de marché, il faut également prendre en considération le fait que **les produits agricoles et agroalimentaires locaux sont également protégés par la taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA)** – non considérée comme une « protection de marché » au sens de la délibération n° 252 précitée – mais qui vient renchérir le prix de l'ensemble des produits agricoles et agroalimentaires importés. De plus, la Nouvelle-Calédonie impose des **droits de douane** tant dans le secteur agricole que dans le secteur manufacturier sur les produits importés et a choisi d'accorder aux produits locaux un **taux réduit de 3 % de taxe générale sur la consommation (TGC)** afin de soutenir ces deux secteurs par rapport à la concurrence des produits importés.

20. **Ce modèle de développement économique endogène a donc éloigné la Nouvelle-Calédonie du système de libre-échange international** vis-à-vis duquel elle se trouve dans une position ambiguë. Alors que la collectivité est en principe soumise aux **règles du GATT/OMC, qui prônent l'élimination des barrières quantitatives et la réduction des barrières tarifaires à l'importation sur les marchandises**, les objectifs de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, ne semblent pas *a priori* rentrer dans le champ des dérogations autorisées. Pour autant, son statut juridique *sui generis* de même que son faible poids dans les échanges mondiaux limitent le risque contentieux au regard des règles de l'OMC.
21. La Nouvelle-Calédonie peut, en revanche, **profiter de sa qualité de Pays et Territoire d'outre-mer (PTOM) pour maintenir ou établir des protections de marché à l'égard des produits originaires de l'Union européenne**. L'Autorité a néanmoins précisé que le régime spécial d'association entre l'Union européenne et la Nouvelle-Calédonie doit respecter la Décision 2013/755/UE du 25 novembre 2013<sup>13</sup> laquelle précise que les PTOM peuvent « *maintenir ou établir, en ce qui concerne les importations de produits originaires de l'Union européenne, les droits de douane ou les restrictions quantitatives qu'ils estiment nécessaires en raison de leurs besoins de développement respectifs* »<sup>14</sup> sous réserve d'accorder à l'Union européenne « *un traitement non moins favorables que le traitement le plus favorables dont bénéficie tout partenaire économique majeur* »<sup>15</sup>. L'Autorité en a déduit que cette décision interdisait à la Nouvelle-Calédonie de cumuler protection tarifaire et protection quantitative sur un même produit, ce que les commissaires du gouvernement ont contesté lors de la séance sur le présent avis (cf *infra*).

### ***B. L'analyse concurrentielle de la réglementation sur les protections de marché***

22. Lorsque l'Autorité est saisie pour avis sur une proposition de loi du pays du congrès ou tout autre projet de texte du gouvernement ou s'auto-saisit sur l'opportunité de moderniser une réglementation en vigueur, elle examine, dans un premier temps, si le texte envisagé est de nature à porter atteinte au principe de libre concurrence sur un ou plusieurs marchés en Nouvelle-Calédonie. Si tel est le cas, dans un second temps, elle évalue si les atteintes à la concurrence créées sont justifiées, adaptées et proportionnées à l'atteinte d'un objectif d'intérêt général donné, puis vérifie s'il n'existe pas de méthode moins restrictive de concurrence pour proposer, le cas échéant, des mesures de substitution ou des recommandations pour atténuer les effets anticoncurrentiels créés par la réglementation en cause.
23. En l'espèce, l'objectif de la réglementation relative aux protections de marché est de garantir le développement des filières agricoles et industrielles locales afin de contribuer au maintien ou à la création d'emplois dans ces filières. Une telle réglementation porte toutefois nécessairement atteinte à la liberté d'entreprendre de sorte que le législateur calédonien doit veiller à ce que les objectifs qu'il poursuit soient proportionnés à l'atteinte portée à cette liberté garantie par la Constitution.
24. **Toute la problématique de la pertinence économique d'une réglementation sur les protections de marché en Nouvelle-Calédonie dépend donc de l'évaluation de l'impact de**

---

<sup>13</sup> Décision 2013/755/UE du 25 novembre 2013 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'Union européenne (« *décision d'association outre-mer* »), JOUE L 344, 19.12.2013 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32013D0755>

<sup>14</sup> Voir l'article 45 de la décision d'association outre-mer précitée.

<sup>15</sup> Voir l'article 44 de la décision d'association outre-mer précitée.

la mesure de protection envisagée sur le surplus global (encore appelé « progrès économique ») en vérifiant systématiquement ses effets sur le surplus des producteurs locaux concernés mais également sur celui des autres producteurs locaux et d'autres acteurs économiques, à commencer par les consommateurs mais également les importateurs, les distributeurs-grossistes et les commerçants.

25. **L'analyse concurrentielle de la réglementation des protections de marché en Nouvelle-Calédonie** dans le cadre de la Recommandation n° 2018-R-02 a montré qu'elle n'élimine ou ne restreint qu'une forme de concurrence, celle des produits importés par des opérateurs installés en Nouvelle-Calédonie ayant développé une activité de grossistes-importateurs, parfois couplée avec une activité de distributeurs.
26. **Les producteurs locaux** interrogés par l'Autorité, dans le cadre de l'examen de la Recommandation n° 2018-R-02, **ont relevé que différentes difficultés ou spécificités de la Nouvelle-Calédonie imposent de prévoir ces protections** : les surcoûts subis par les entreprises calédoniennes, le pouvoir de marché des distributeurs-grossistes, la nécessité de valoriser la « filière locale » et de favoriser l'emploi localement, et enfin la lutte contre les politiques de « dumping à l'export ». La nécessité de contrebalancer les contraintes de l'économie calédonienne conduirait donc à reconnaître l'objectif de progrès économique inhérent aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie.
27. **L'Autorité a néanmoins constaté que le dispositif des protections de marché ne conduit pas dans les faits à une allocation optimale des ressources, du moins de manière générale et systématique.** Elle a rejoint ainsi la position exprimée par l'Autorité métropolitaine de la concurrence en 2012 et par différents experts économiques ayant étudié le fonctionnement de l'économie calédonienne<sup>16</sup>.
28. Ainsi, **de nombreuses études économiques portant sur le fonctionnement des économies insulaires montrent que si le choix d'une politique économique endogène (soutenue par des mesures protectionnistes) peut être pertinente aux premiers stades de développement d'une économie, elle s'avère le plus souvent négative une fois atteint un seuil suffisant de développement des infrastructures, des entreprises et des équipements publics locaux.** Comme le soulignent Dimou et Schaffar (2014), Dupont (2010) a ainsi démontré, après l'étude de six petites économies insulaires (Martinique, Guadeloupe, La Réunion, La Polynésie française, Maurice, La Barbade et Porto Rico), que la « *performance défailante des économies domiennes [s'explique] par leur caractère introverti et leur faible inscription dans l'économie internationale* »<sup>17</sup>. Ce constat vaut aussi pour la Nouvelle-Calédonie comme le souligne le dernier rapport de l'IEOM : « *L'isolement combiné à la politique d'import substitution et de protection font que la Nouvelle-Calédonie apparaît comme une économie particulièrement introvertie* »<sup>18</sup>. Poirine (2015), qui a étudié l'évolution du modèle économique de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, conclut que « *Les activités tournées vers le marché*

---

<sup>16</sup> Cahiers LARJE n° 2018-2 de juin 2018 : « *Quelle est l'évolution de la productivité sectorielle du travail et de la compatibilité de l'évolution calédonienne depuis 30 ans ?* » ; Winters A., « *Policy Challenges For Small Economies in a Globalising World* », in Chand S. (ed), Pacific Islands Regional Integration and Governance, Australian National University Press, November 2005, p. 10.; voir aussi Martins P. et Winters A., *When Comparative Advantage is not Enough : Business Costs in Small Remote Economies*, World Trade Review, 2004, Vol. 3, n° 3 ; Pour une synthèse des positions des économistes sur le sujet, voir l'article de Christian Montet et Florent Venayre : « *Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace* », Revue Lamy droit de la concurrence 2013, n° 36.

<sup>17</sup> Michel Dimou et Alexandra Schaffar, « *La croissance économique dans les départements français d'outre-mer* », CAIRN, Revue Tiers Monde 2014/3 n° 219 pages 159 à 177.

<sup>18</sup> Voir le Rapport d'activité 2017 (édition 2018) de l'IEOM, Nouvelle-Calédonie, page 55.

*intérieur (petite industrie, commerce et services), généralement protégée de la concurrence mondiale par l'éloignement de ces économies et par la protection douanière, dépendent avant tout de la bonne santé des activités tournées vers l'exportation. Ainsi, de 2005 à 2011, l'industrie de Polynésie française, énergie et BTP, a perdu 10 % de ses effectifs, malgré le maintien du protectionnisme, en raison de la crise des exportations, du tourisme et de l'absence d'investissement direct étranger. En conclusion, vouloir relancer la croissance en augmentant la protection de ces activités de substitution d'importation est illusoire et nuisible à long terme à la croissance des ressources extérieures qui détermine celle de la valeur ajoutée locale. Or, la compétitivité à l'exportation d'une petite économie insulaire souffre à long terme des politiques protectionnistes qui augmentent le niveau des coûts et des prix domestiques, donc le taux de change réel »<sup>19</sup>.*

29. **Dans le secteur agricole**, l'Autorité a constaté dans le cadre de ses avis n° 2018-A-01 et n° 2018-A-04<sup>20</sup> que **le dispositif de protections de marché permet d'écouler prioritairement les produits locaux et contribue à l'augmentation de la production animale et végétale, sans pour autant améliorer sensiblement le taux d'autosuffisance alimentaire** (évalué à 18 % en volume et à 45 % en valeur en 2017 contre respectivement 14 % et 51 % en 2007), compte tenu de la croissance démographique, **ni empêcher le déclin de la population active agricole depuis trente ans** (moins de 2 % de la population active en 2017). En outre, **dans le secteur des fruits et légumes** en particulier, elle a démontré que **le système de contingentement** instauré sous l'égide de l'ERPA<sup>21</sup> **a contribué à la raréfaction des produits offerts aux consommateurs et à l'augmentation anormale des prix entre 2010 et 2016** (+14 % pour les légumes et + 44 % pour les fruits alors que l'indice des prix à la consommation hors tabac était de 6 % sur la période).
30. **Dans le secteur de l'industrie de transformation**, qui représente 9 % de la création de richesse, **la création d'entreprises a effectivement augmenté depuis 2007, passant de 1 837 entreprises à 2 595 entreprises en 2017**<sup>22</sup>. Selon les informations transmises par la FINC le 3 décembre 2018, la Nouvelle-Calédonie compterait désormais 2 628 entreprises recensées dans l'industrie de transformation (soit + 43 % par rapport à 2007). Néanmoins, parmi celles-ci, **seules 583 entreprises emploieraient au moins un salarié (soit 22 % des entreprises du secteur) dont 275 entreprises protégées (soit 47 % des entreprises employeuses)**.
31. **Pour autant, l'emploi salarié dans ce secteur est relativement stable malgré le dispositif des protections de marché**. En effet, selon le rapport annuel de l'IEOM en 2017, l'industrie (hors mine et métallurgie) emploie près de 7 500 emplois alors qu'il décomptait déjà 7 316 emplois dans ce secteur dans son rapport annuel pour l'année 2008<sup>23</sup>. L'Autorité en déduit que **l'augmentation de 43 % du nombre d'entreprises (soit 791 entreprises) dans le secteur de l'industrie de transformation correspond principalement à des entreprises unipersonnelles non-employeuses**.

<sup>19</sup> Voir Bernard Poirine, « La théorie de la base économique résidentielle « élargie » appliquée à deux économies régionales divergentes : la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie », Mondes en Développement, Vol. 43-2015/4-n°172.

<sup>20</sup> Voir les deux avis de l'ACNC : <https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis-18-a-04.pdf> et [https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis\\_18-0001-agence-rurale-ampliation.pdf](https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis_18-0001-agence-rurale-ampliation.pdf)

<sup>21</sup> Le programme annuel d'importation pour l'année 2018 prévoit des STOP sur tous les tubercules tropicaux et des QTOP sur les carottes, navets, radis, concombres, haricots verts, haricots beurre, haricot chinois, aubergines, céleris branche, champignons Agaricus, poivrons rouges, verts et jaunes, piments, citrouilles, courges calebasses, courgettes, chouchoutes et christophine, persil, coriandre, persil chinois, maïs doux, ananas, avocat, mangues, oranges, mandarines, tangelos, pamplemousses, pomelos, citrons, limes, pastèques, melons, papayes, pêches, nectarines, fraises, framboises, letchis, fruits de la passion, pommes cannelle : <http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2017&page=15454>.

<sup>22</sup> Selon le rapport d'activité 2017 de l'IEOM (édition 2018), p.103.

<sup>23</sup> Voir le rapport de l'IEOM pour l'année 2018, page 74 : [http://www.ieom.fr/IMG/pdf/ra2008\\_nc.pdf](http://www.ieom.fr/IMG/pdf/ra2008_nc.pdf).

32. Interrogés sur ce point en séance, les commissaires du gouvernement ont souligné que les protections de marché ont conduit, dans un premier temps, à créer des emplois et dans un second temps à conserver ces emplois, en particulier dans les entreprises agroalimentaires, sous licence de marques internationales, qui ne pourraient rivaliser, sans ces protections, avec les produits concurrents importés, étant donné le différentiel de compétitivité-coût entre des petites et moyennes entreprises calédoniennes et des multinationales. Ils ont précisé que la détérioration de la situation économique en 2012 est susceptible également d'expliquer de moindres créations d'emplois qu'auparavant et ont insisté sur le peu de fiabilité des statistiques depuis 2008.
33. L'Autorité a par ailleurs observé que **le dispositif de protections de marché ne favorise pas la compétitivité des entreprises calédoniennes protégées**, laquelle est déjà entamée par la stagnation de la productivité des facteurs de production alors que les coûts salariaux et unitaires augmentent, comme le montre notamment une étude économique récente conduite par M. Serge Rey et Mme Catherine Ris en juin 2018<sup>24</sup>, au terme de laquelle il apparaît que le modèle de croissance économique endogène de la Nouvelle-Calédonie s'essouffle.
34. En outre, l'Autorité a relevé que **le dispositif de protections de marché est aujourd'hui contesté par les consommateurs calédoniens**, qui pâtissent des effets anticoncurrentiels des mesures de protection de marché, comme le montrent les résultats de la consultation publique<sup>25</sup> qu'elle a conduite dans le cadre de l'instruction de la Recommandation n° 2018-R-02.
35. **Les effets anticoncurrentiels des protections de marché ont déjà été évoqués et démontrés par le passé mais l'instruction a permis d'approfondir les constatations opérées en distinguant les risques encourus selon la nature de la mesure de protection envisagée (STOP, quota, barrières tarifaires...) et le degré d'intensité concurrentielle sur les marchés locaux concernés.**
36. S'agissant des **mesures quantitatives**, l'Autorité a souligné qu'elles limitent nécessairement l'activité des importateurs-grossistes et des centrales d'achat, les sources d'approvisionnement des professionnels et des consommateurs, en particulier lorsque le marché est très concentré (**effet limitatif**).
37. De plus, l'octroi d'une protection quantitative accroît nécessairement le pouvoir de marché des producteurs locaux, qui, du fait de l'éloignement géographique du territoire, est déjà prépondérant (**effet isolationniste**). Dans ce cadre, l'octroi ou le renforcement d'une protection de marché quantitative accroît le **risque « d'abus d'exploitation »** qui pèse sur un producteur local, placé en position dominante (et plus encore en monopole) du fait de la mesure de protection. Il a, en effet, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur les marchés, notamment en pratiquant à l'égard de ses partenaires économiques des prix inéquitables. Pour autant, sa capacité à abuser de sa position sur le marché dépendra de l'intensité de la concurrence sur ce marché et de la puissance de marché des autres acteurs, en particulier des distributeurs.
38. L'Autorité a par ailleurs observé que les contingentements (ou quotas) conduisent à augmenter les prix des produits importés. En effet, outre un « comportement de ruée » vers des produits

---

<sup>24</sup> Serge Rey, CATT, Université de Pau et du Pays de l'Adour et Catherine Ris, LARJE, Université de Nouvelle-Calédonie, « *Quelle est l'évolution de la productivité sectorielle du travail et de la compétitivité de l'économie calédonienne depuis 30 ans* », Cahiers du LARJE, n° 2018-2, juin 2018.

<sup>25</sup> [https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/atoms/files/resultats\\_consultation\\_publique\\_graphiques.pdf](https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/atoms/files/resultats_consultation_publique_graphiques.pdf)  
Cette consultation, qui n'a pas valeur de sondage, visait essentiellement à apprécier la perception des consommateurs sur l'impact positif ou négatif des protections de marché sur la production et l'industrie locale au regard du bien-être du consommateur.



très demandés mais trop rares, les importateurs distributeurs peuvent choisir de privilégier les produits haut de gamme pour satisfaire la partie de la demande la plus aisée, peu élastique au prix, au détriment des consommateurs les plus pauvres (**effet inflationniste**).

39. Les restrictions quantitatives peuvent également entraîner des comportements de contournement de la législation susceptibles de renchérir les prix ou limiter la propension des producteurs locaux à innover ou améliorer la qualité des produits, notamment pour des produits « STOP » sur un marché monopolistique ou oligopolistique (**effet de contournement**).
40. En outre, les restrictions quantitatives conduisent inévitablement à réduire la diversité des produits offerte aux consommateurs comme aux professionnels locaux, ce qui s'avère particulièrement grave quand la restriction porte sur un tarif douanier large comprenant des produits non fabriqués localement, ou lorsque les volumes produits localement sont insuffisants pour satisfaire la demande (**effet d'éviction**).
41. S'agissant des **barrières tarifaires**, l'Autorité a démontré qu'elles **ont les mêmes effets sur les prix des produits importés et qu'elles peuvent également renchérir les prix des produits locaux** si les producteurs et distributeurs locaux ont intérêt à augmenter artificiellement leurs prix, en les fixant à un niveau juste inférieur à celui des produits importés taxes incluses. En outre, en limitant la pression concurrentielle, les barrières tarifaires désincitent les entreprises locales à améliorer la qualité de leurs produits ou leur productivité. **Néanmoins, l'Autorité a considéré que les barrières tarifaires apparaissent moins attentatoires à la concurrence en ce qu'elles n'interdisent pas les importations, réduisent moins le choix des consommateurs, engendrent des recettes budgétaires tout en favorisant l'écoulement prioritaire des produits locaux normalement moins chers.**
42. L'Autorité a souligné que **les consommateurs calédoniens regrettent les effets anticoncurrentiels des protections de marché**, en particulier des mesures de suspension (79,9 % d'avis défavorables au STOP). La consultation publique qu'elle a lancée dans le cadre de l'examen de sa Recommandation n° 2018-R-02 a ainsi permis de constater que si la majorité des 708 répondants est sensible au soutien de l'industrie locale et au développement de l'emploi local, elle n'est pas prête à payer un produit local plus de 5 % plus cher qu'un produit importé et 37,5 % refusent même le moindre surcoût.
43. Au terme de son analyse, **l'Autorité a conclu que toutes les mesures de protection de marché sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels mais que les plus attentatoires à la concurrence sont les mesures de suspension (STOP ou SHUE), suivies des mesures de contingentements (QTOP, QUE, QHUE) et enfin des barrières tarifaires. Elle a néanmoins souligné que les risques sont toutefois limités lorsque le marché local est lui-même concurrentiel (marché atomisé) alors qu'ils sont croissants lorsque la mesure concerne un marché oligopolistique ou monopolistique. Elle estime donc opportun d'évaluer systématiquement le bénéfice coût/avantages de la transformation des barrières quantitatives en barrières tarifaires pour tendre progressivement à leur élimination.**
44. Le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat admettent des atteintes à la liberté d'entreprendre, lorsque celles-ci sont justifiées par un objectif d'ordre public, y compris en matière économique. Les deux hautes instances ont eu l'occasion de se prononcer sur des textes calédoniens, et ont admis notamment la constitutionnalité de certaines mesures temporaires et exceptionnelles en matière de réglementation des prix, l'objectif de baisse des prix et de protection du pouvoir d'achat des consommateurs étant susceptibles de justifier une atteinte à la liberté d'entreprendre.

45. Le Conseil constitutionnel a également admis le monopole d'importation confié à l'OCEF malgré la restriction à la liberté d'entreprendre qu'il entraîne au motif qu'il s'agissait « *d'un complément nécessaire du service public* » pour satisfaire la demande « *dans toutes les provinces y compris les territoires les plus reculés* ». Cette décision du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la même logique que celle justifiant la possibilité pour les Etats membres, au sein de l'Union européenne, de déroger aux règles de la concurrence, pour confier un droit d'exclusivité à un opérateur public ou privé afin d'accomplir un « *service d'intérêt économique général* » à des conditions économiques acceptables, admettant ainsi la possibilité de lui verser une compensation financière malgré le principe d'interdiction des aides d'Etat. Or, l'Autorité considère que l'octroi de protection de marché à des opérateurs privés en Nouvelle-Calédonie ne s'inscrit pas dans le cadre de cette jurisprudence et ne peut s'en inspirer. En effet, les opérateurs concernés ne sont pas tenus d'accomplir une mission de service public, ou plus largement un service d'intérêt économique général, justifiant une dérogation aux règles de la concurrence et au principe de la liberté d'entreprendre.
46. Pour autant, l'avant-projet de loi portant régulation des marchés poursuit d'autres objectifs d'intérêt général tenant au développement économique endogène de la Nouvelle-Calédonie et à la promotion de l'emploi considérés par le gouvernement comme supérieurs aux règles de la concurrence et à la liberté d'entreprendre.
47. L'Autorité relève à cet égard que, le 13 novembre 2018, le Conseil d'Etat (section des travaux publics) a considéré, dans le cadre de l'examen de la proposition de loi du pays relative à l'interdiction de certaines matières plastiques<sup>26</sup>, que « les limitations apportées par la proposition de loi du pays à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle sont pleinement justifiées par l'objectif de satisfaire d'autres exigences constitutionnelles, le droit à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé et le devoir de prévenir les atteintes à l'environnement », affirmées par la Charte de l'environnement. Il souligne toutefois que la conciliation entre ces objectifs constitutionnels serait manifestement déséquilibrée si les interdictions prévues devaient emporter des conséquences excessives dans certains secteurs économiques en l'absence de produits de substitution (...) (soulignements ajoutés). S'agissant plus particulièrement des interdictions d'importer des sacs plastiques à usage unique et des sacs plastiques réutilisables en matières biosourcées et recyclables, il estime que « leur finalité est d'aider les deux entreprises néocalédoniennes qui fabriquent les sacs plastiques à usage unique désormais interdits à se reconverter dans la production de sacs intégrant des matières biosourcées et de protéger cette activité, en vue notamment de préserver l'emploi local, objectif énoncé dans l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, auxquelles le titre XIII de la Constitution confère valeur constitutionnelles ainsi que le Conseil constitutionnel l'a expressément jugé par sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 relative à la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie ». Prenant néanmoins en compte l'avis de l'Autorité sur cette proposition de loi du pays, il a constaté qu'il « existe une incertitude sur la volonté des entreprises locales de se lancer dans cette production ainsi que sur leur capacité à satisfaire quantitativement et qualitativement les besoins locaux dans les délais utiles. Prévoir dans la loi du pays une interdiction générale et permanente d'importation des sacs plastiques à usage unique et des sacs plastiques réutilisables paraît donc disproportionné à ce stade ». Le Conseil d'Etat a donc invité les autorités calédoniennes à modifier la proposition de loi du pays pour prévoir que les entreprises locales qui auront décidé de produire ces sacs puissent demander une mesure de régulation de marché quantitative, accordée par arrêté du gouvernement, comme l'avait également préconisé l'Autorité dans son avis n° 2018-A-08 du 25 octobre 2018 sur cette même proposition de loi.

---

<sup>26</sup> Conseil d'Etat (section des travaux publics), avis n° 395988 du 13 novembre 2018.

48. L'Autorité en déduit que le Conseil d'Etat est susceptible de considérer que le présent avant-projet de loi du pays relatif aux mesures de régulation de marché poursuit des objectifs d'intérêt général justifiant de porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la libre concurrence, à savoir la protection de la production locale et le développement de l'emploi local, mais veillera à ce que ces dispositions soient strictement proportionnées à la réalisation de ces objectifs.
49. Dans ce cadre, l'Autorité entend formuler des recommandations au gouvernement, pour minimiser les risques d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et rendre le dispositif de régulation de marché plus compatible avec l'impératif de concurrence dans l'intérêt des entreprises et des consommateurs calédoniens.

## II. L'Avis de l'Autorité sur l'avant-projet de loi du pays portant régulation des marchés

---

### A. L'ambition de la réforme : renforcer les mesures protectionnistes en faveur de la production locale

#### 1. L'exposé des motifs du projet de loi prend le contrepied des recommandations de l'Autorité en privilégiant le soutien de la production locale par des mesures quantitatives plutôt que tarifaires

50. Compte tenu de leurs effets le plus souvent anticoncurrentiels, l'Autorité a préconisé dans sa recommandation n° 2018-R-02 de n'utiliser les régulations de marché qu'en « ultime recours » pour parvenir à l'objectif de progrès économique poursuivi, en privilégiant d'autres dispositifs de soutien en faveur de l'agriculture ou de l'industrie locale en vigueur tant pour des raisons économiques que juridiques.
51. A défaut, l'Autorité précisait qu'il existe une graduation possible dans le choix des régulations de marché en fonction de l'intensité de la concurrence sur les marchés locaux considérant que : « les mesures de suspension (STOP ou SHUE) sont les plus attentatoires à la concurrence, suivies des mesures de contingentements (QTOP, QUE, QHUE), et des barrières tarifaires (...). Les effets anticoncurrentiels de ces mesures sont d'autant plus importants que le marché local est concentré et peu contestable. En effet, sur un marché monopolistique par exemple, l'introduction d'une mesure de suspension de type STOP, conduit à l'élimination totale de la concurrence alors que sur un marché local atomisé, la même mesure n'aurait pas le même impact en raison de la concurrence existante entre les opérateurs locaux. Dans le premier cas, les clients – intermédiaires ou finaux – sont susceptibles de se trouver placés en situation de dépendance économique par rapport à l'opérateur en monopole, n'ayant plus d'autre alternative pour s'approvisionner, alors que dans le second cas, ces opérateurs peuvent faire jouer la concurrence entre les différentes entreprises locales ». Elle préconisait donc au gouvernement de privilégier les mesures normatives ou tarifaires plutôt que les mesures quantitatives pour soutenir la production locale, et en tout état de cause d'éviter ou de supprimer les mesures de suspension des importations sur les marchés locaux les plus concentrés.
52. Elle n'a manifestement pas convaincu le gouvernement qui entend privilégier systématiquement les mesures quantitatives. Comme le souligne en effet l'exposé sommaire de l'avant-projet de loi du pays sous l'article Lp. 413-4 : « D'une manière générale, les

*restrictions quantitatives doivent être privilégiées quand la production locale répond partiellement ou totalement aux besoins du marché, tant en quantité et en qualité qu'en termes de choix (...). La solution du contingentement (QTOP) permet de compléter la production locale dès lors que celle-ci n'est pas en mesure de satisfaire l'intégralité des besoins du marché (...) La prohibition de l'importation (STOP) est utilisée quand la production locale répond complètement aux besoins du marché. Elle offre en outre l'avantage de favoriser la compétitivité de la production en lui permettant de réaliser le maximum d'économie d'échelle (...) La mesure de régulation tarifaire doit quant à elle être privilégiée dans les autres cas (...) et peut utilement compléter une mesure quantitative pour des raisons budgétaires évidentes (...)* ».

53. Cette stratégie devrait permettre, selon le gouvernement, de répondre à un « *potentiel de développement estimé à 9,5 milliards de francs CFP d'investissement et à 500 créations de postes sur les cinq prochaines années* »<sup>27</sup>. Il est d'ailleurs précisé que : « *Seules les productions dont la concurrence est soumise à des restrictions quantitatives ont conservé, de manière générale, leur niveau concurrentiel. A l'inverse, les produits ne profitant d'aucune protection ou seulement d'une protection tarifaire ont vu leur différentiel se réduire ou s'inverser. Dans le secteur alimentaire, alors que tous les produits qu'ils soient d'origine locale ou importés sont soumis au même taux de TGC, la production locale ne bénéficie plus d'aucun avantage fiscal, alors même que sa propre compétitivité a été grevée par l'ajout de la TGC. Pour les produits locaux « sucrés », soumis au taux supérieur de la TGC, la problématique est identique.* ».
54. L'Autorité ne partage pas totalement cette analyse pour trois raisons. En premier lieu, il existe plusieurs exemples démontrant que les barrières tarifaires protègent efficacement les produits locaux. Selon une évaluation de la Direction des affaires économiques du 17 juillet 2009, l'introduction d'une TCPPL sur les barres et tablettes chocolatées en 2005 a, par exemple, entraîné une réduction de 62 % des importations entre 2004 et 2008, passant de 173 tonnes à 67 tonnes en cinq ans alors que la production locale a augmenté de 70 % sur la même période, passant de 24 à 57 tonnes. Ainsi, sur le marché considéré, le producteur local a gagné 18 % de parts de marché sur l'importation grâce à cette barrière tarifaire sur la période considérée<sup>28</sup>.
55. En deuxième lieu, s'il est exact que la plupart des produits alimentaires locaux et importés sont soumis au même taux de TGC, cela n'est pas le cas sur l'ensemble des autres produits importés non alimentaires, ni même des produits sucrés. En effet, selon la direction des services fiscaux de la Nouvelle-Calédonie interrogée le 27 novembre 2018, « *Hors boissons sucrées qui en sont expressément exclues, les productions locales sont toutes éligibles au taux réduit [de 3% de TGC], y compris si elles contiennent du sucre* »<sup>29</sup> alors que les produits alimentaires sucrés importés sont non seulement soumis à un taux de 22 % mais sont également soumis à la taxe de soutien à la production agricole (TSPA) dont le taux est variable et, le cas échéant, à des droits de douane en sus. Dans ces conditions, l'introduction de nouvelles barrières quantitatives et/ou tarifaires ne viendra pas seulement combler un déficit de compétitivité-coût mais conduira à conférer un avantage concurrentiel évident en faveur de la production locale par rapport à l'importation, malgré le risque d'augmentation des prix et de réduction de la diversité des produits qui en résultera pour les consommateurs.
56. En troisième lieu, il n'a malheureusement pas été démontré que les protections de marché quantitatives créent ou protègent davantage l'emploi local que les mesures tarifaires. Il ressort

---

<sup>27</sup> Voir l'exposé sommaire de l'avant-projet de loi du pays

<sup>28</sup> DAE, 17 juillet 2009, Réévaluation des mesures de protection existant sur le marché du chocolat, p.8.

<sup>29</sup> Courriel du 27 novembre 2018 de la DSF.

ainsi des chiffres de l'industrie transmis par la FINC le 3 décembre 2018, que parmi les 750 entreprises bénéficiant de protection de marché, seules 275 entreprises emploient au moins un salarié (soit à peine un tiers des entreprises protégées). En outre, sur ces 275 entreprises protégées et employeuses, la majorité bénéficie de mesures tarifaires (178 mesures tarifaires contre 162 mesures quantitatives au bénéfice des 275 entreprises employeuses)<sup>30</sup>.

57. **Au-delà de ces éléments d'analyse, nombreuses sont les personnes interrogées dans le cadre de l'instruction privilégiant les mesures tarifaires plutôt que quantitatives, et qui militent en tout état de cause pour une réduction des mesures d'interdiction (STOP).**
58. Sur le plan institutionnel, le directeur de l'IEOM déclare qu'« il aurait été préférable, à mon avis, de considérer que les protections non tarifaires s'appliquent comme des exceptions au cas normal de protection tarifaire, exceptions demandant à être justifiées (...) il est difficile de discuter de ce projet de loi sans avoir une discussion sur le modèle économique calédonien. Ce projet de loi ne fait que porter une stratégie affirmée d'import substitution, qui apparaît, en première analyse, relativement consensuelle parmi les acteurs politiques et économiques calédoniens. Au-delà des modalités de ce projet (et notamment concernant l'importante distinction tarifaire/non tarifaire) le vrai enjeu est une discussion autour du modèle économique et notamment de la capacité de combiner l'import substitution avec la promotion des exports et de son impact sur la vie chère »<sup>31</sup> (soulignements ajoutés).
59. Du point de vue des entreprises, il faut bien évidemment rappeler que les producteurs locaux protégés considèrent que les mesures quantitatives dont ils bénéficient leur sont indispensables pour maintenir les emplois salariés. A l'inverse, les représentants des importateurs au sein du SIDNC considèrent sans surprise que « les protections de marché font partie de l'économie de comptoirs, d'une économie d'un autre temps (...) » et que « si protections il y a, elles doivent uniquement s'appliquer aux filières agroalimentaires et énergétiques qui utilisent des ressources et matières premières locales » (soulignement ajouté). Le syndicat des commerçants (SCNC) milite « pour la suppression totale des restrictions quantitatives (STOP et quotas). Nous ne pouvons cautionner ces mesures qui limitent la liberté d'entreprendre. Nous sommes très défavorables au caractère cumulatif ». De même, les représentants du MEDEF-NC déclarent : « Les solutions de mesures tarifaires nous paraissent préférables à celles quantitatives plus contraignantes en matière de concurrence ».
60. Du point de vue des représentants des consommateurs, l'UFC-Que Choisir NC précise : « Depuis quelques années, notre position est que ne soit plus prévu de STOP, que les quotas soient attribués suites à des engagements des importateurs et enfin que les protections soient accordées dans le cadre d'engagements [des producteurs] ». Les représentants de l'Intersyndicale-Vie chère ont, pour leur part, vivement regretté le choix du gouvernement de privilégier les barrières quantitatives en indiquant : « L'exposé des motifs du PJJ privilégie clairement les mesures quantitatives : cela nous paraît très choquant, car dès le départ on affiche la volonté de réduire les choix du consommateur. C'est au consommateur de choisir entre prix et qualité, et donc entre importations à moindre coût et produits locaux pour les produits accessibles sans intermédiaire. Il faut que les consommateurs soient confrontés aux différents produits pour être amenés très vite à choisir les produits locaux de meilleure qualité. En revanche, lorsqu'on empêche les consommateurs d'avoir accès à des produits autres que les produits locaux, les critiques se concentrent nécessairement sur les produits locaux. L'introduction de barrières tarifaires importantes pour créer un différentiel de prix substantiel tout en laissant le choix au consommateur serait bien meilleur afin de laisser une possibilité de

<sup>30</sup> Voir FINC, les Chiffres de l'Industrie, 30 novembre 2018.

<sup>31</sup> Voir la réponse du représentant de l'IEOM au questionnaire de l'instruction.

comparaison et ferait rentrer des recettes fiscales. Cela permettrait en outre d'améliorer la perception des consommateurs sur la qualité des produits locaux. » (soulignements ajoutés).

61. En tout état de cause, comme l'ont souligné plusieurs personnes interrogées au cours de l'instruction, **la réforme proposée par le gouvernement s'inscrit en réalité dans la continuité de la politique protectionniste mise en œuvre depuis de nombreuses années** par les pouvoirs publics calédoniens en vue de favoriser l'écoulement des biens produits ou transformés localement par rapport aux produits importés.
62. Ainsi, le représentant de l'IEOM indique-t-il que « *le projet de loi ne fait que confirmer la réglementation en vigueur avec quelques compléments (contrepartie en termes d'engagements par exemple) (...) Je ne considère pas que l'on puisse parler de réforme puisqu'il s'agit que de prolonger la situation existante (avec quelques compléments)* ». Il souligne que l'avant-projet de loi « *ne définit pas quelles sont les situations qui peuvent conduire à des protections tarifaires ou non tarifaires. Encore une fois, il ne s'agit que d'entériner une situation existante (...)* » (soulignements ajoutés).
63. De même, les représentants de la CCI considèrent que « *D'une manière générale, comparativement à la délibération n° 252 du 28 décembre 2006, aucune modification de fond importante n'est constatée. Les mesures sont principalement destinées à développer et consolider les productions locales soumises à des contraintes structurelles notamment liées à l'étroitesse du marché ou à l'insularité qui ne permettent pas de faire face, en l'état, à la concurrence mondiale* »<sup>32</sup> (soulignement ajouté).
64. La Chambre d'agriculture de la Nouvelle-Calédonie (CANC) considère également que « *dans la mesure où c'est toujours le président du gouvernement qui prend la décision au final, la diminution des délais d'instruction est plutôt positive pour les demandeurs et la suppression du COMEX ne changent rien, au final* »<sup>33</sup> (soulignement ajouté).
65. **Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la réforme proposée, si elle ne s'inscrit pas dans le cadre des recommandations principales de l'Autorité du 9 novembre 2018, vise à simplifier la procédure en vigueur et à développer les mesures de régulation de marché en s'assurant néanmoins, pour l'avenir, que les entreprises nouvellement bénéficiaires s'engagent à fournir de véritables contreparties sous peine de sanction.**

## **2. L'élargissement des objectifs poursuivis par les mesures de régulation de marché**

66. Comme le montre le tableau comparatif ci-après, l'Autorité observe que l'article Lp. 410-2 du code de commerce reprend l'objectif mentionné au premier alinéa de la délibération n° 252 tandis que l'article Lp. 413-1 du même code décline désormais sept objectifs différents, lesquels se divisent en sous-objectifs, ce qui conduit le projet de loi du pays à poursuivre plus de quinze objectifs différents à travers les mesures de régulation de marché.

---

<sup>32</sup> Voir la réponse du représentant de la CCI NC au questionnaire de l'instruction.

<sup>33</sup> Voir la réponse des représentants de la CANC au questionnaire de l'instruction.

Objectifs visés par l'avant-projet de loi du pays (articles Lp. 410-2 et Lp. 413-1 du code de commerce)	Objectifs visés par l'article 1 <sup>er</sup> de la délibération n° 252
<p>Lp. 410-2 : « (...) en vue de favoriser l'écoulement des biens produits ou transformés localement et de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés, il peut être instauré, lorsque l'intérêt économique général de la Nouvelle-Calédonie le justifie et dans les conditions définies par le chapitre III du présent titre, des mesures de régulations de marché destinées à restreindre l'importation de produits concurrents ».</p> <p>Lp. 413-1 : « Les mesures de régulation de marché ont pour objet de soutenir les activités de production et de transformation locale en vue de favoriser :</p> <p>1° l'autonomie économique de la Nouvelle-Calédonie, le développement d'un modèle plus endogène, la réduction du déficit de la balance commerciale et des transactions courantes ;</p> <p>2° le rééquilibrage, l'aménagement du territoire, la diversification de l'économie et l'exportation ;</p> <p>3° l'investissement, la structuration de filières de production et le développement de la concurrence locale ;</p> <p>4° la création d'emploi ;</p> <p>5° l'insertion de la jeunesse par le travail, l'acquisition de compétences et la promotion sociale</p> <p>6° la compétitivité des entreprises locales et le pouvoir d'achat des calédoniens ;</p> <p>7° les objectifs de développement durable. »</p>	<p>« En vue de faciliter l'écoulement des produits fabriqués en Nouvelle-Calédonie sur le marché local, de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés et de favoriser ainsi le développement des entreprises locales, il peut être instauré, lorsque l'intérêt économique général de la Nouvelle-Calédonie le justifie, dans les conditions définies par la présente délibération, des mesures de protections de marchés destinées à restreindre l'importation de produits concurrents ».</p> <p>« L'opportunité d'instaurer une protection de marché s'apprécie, notamment, au regard du supplément de valeur ajoutée apporté par la fabrication locale de biens par rapport à l'importation de biens identiques ou similaires et au regard de l'atteinte portée au droit et au bien-être du consommateur. Les mesures prises peuvent également s'inscrire dans une logique de filière, participer au rééquilibrage économique de la Nouvelle-Calédonie et doivent concourir au développement durable. ».</p>

67. Il ressort de l'instruction que les objectifs mis en avant par le gouvernement ont été diversement reçus par les organismes consultés. Certains les ont bien accueillis. Ainsi, pour la CPME, les objectifs sont « cohérents et légitimes »<sup>34</sup>. De même, pour la CCI « ces objectifs semblent cohérents avec la portée de l'outil de régulation du marché et doivent être examinés à travers le prisme de l'intérêt économique général de la Nouvelle-Calédonie »<sup>35</sup>. La Province Sud, quant à elle, « adhère à l'objectif général d'impulser une économie plus endogène, en compensant le différentiel de compétitivité dont souffrent les industries locales de production et de transformation du fait de l'insularité et de la faible taille du marché local »<sup>36</sup>.
68. D'autres acteurs se sont montrés plus critiques. Ainsi, le SCNC souligne que « la production locale doit être soutenue dans le but de contribuer à l'intérêt général de la Nouvelle-Calédonie. Cet inventaire des buts poursuivis nous semble promouvoir un dogme économique ne contribuant pas systématiquement à l'intérêt économique de la Nouvelle-Calédonie »<sup>37</sup>. De même, le SIDNC considère que les objectifs « ne sont pas tenables pour les deux premiers d'entre eux, et pas assez précis et détaillés pour les suivants »<sup>38</sup>. Le MEDEF-NC, quant à lui, paraît sceptique sur la pertinence des objectifs qui sous-tendent l'avant-projet de Loi du pays,

<sup>34</sup> Voir la réponse des représentants de la CPME au questionnaire.

<sup>35</sup> Voir la réponse des représentants de la CCI au questionnaire.

<sup>36</sup> Voir la réponse des représentants de la province Sud au questionnaire.

<sup>37</sup> Voir la réponse des représentants du SCNC au questionnaire.

<sup>38</sup> Voir la réponse des représentants du SIDNC au questionnaire.

il souligne ainsi « *Partant d'un postulat erroné que le renforcement des barrières à l'entrée va permettre la croissance économique « endogène » (alors que cela crée moins d'échanges, moins d'investissements extérieures, moins de concurrence, la mise en œuvre de la politique économique va dans ce sens depuis longtemps pour promouvoir la production locale, laquelle a effectivement créé des emplois mais moins que le commerce ou les services depuis l'entrée en vigueur de la délibération n°252 (...))* »<sup>39</sup>.

69. **L'Autorité ne peut que constater que la multiplication des objectifs poursuivis par les mesures de régulation de marché ne favorise pas la lisibilité du dispositif mais qu'ils répondent à des objectifs d'intérêt général qui traduisent la politique économique du gouvernement. Elle regrette néanmoins qu'il ne soit plus fait mention de leur compatibilité avec la liberté d'entreprendre ou même avec la protection des intérêts des consommateurs, contrairement à l'article 1<sup>er</sup> de la délibération n° 252.**
70. De manière incidente, l'Autorité rappelle que ces objectifs **ne sont pas susceptibles d'entrer dans le champ des dérogations permises par les accords GATT/OMC** qui, contrairement à ce qui est évoqué dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de Loi du pays, sont *a priori* applicables à la Nouvelle-Calédonie, s'agissant des restrictions aux importations de marchandises<sup>40</sup>.
71. **En revanche, l'Autorité salue l'introduction d'un objectif tenant à la « création » d'emplois conformément à l'une de ses recommandations du 9 novembre 2018, ce dernier objectif étant le plus souvent mis en avant pour justifier de la création ou du maintien de mesures de régulation de marché alors qu'il n'est pas vérifié et qu'il n'est pas non plus démontré que les entreprises bénéficiant d'une protection créent davantage d'emplois que celles qui n'en bénéficient pas, et notamment que les entreprises spécialisées dans l'importation pourtant directement impactées par les mesures de régulation de marché.**
72. Ainsi, dans le cadre de l'instruction du présent avis, l'Autorité a demandé à la CAFAT de lui transmettre l'évolution du nombre de salariés employés à temps plein<sup>41</sup> par 17 producteurs locaux<sup>42</sup> bénéficiant d'une mesure de protection de marché quantitative<sup>43</sup> sur la période 2013-2017 et par 11 entreprises spécialisées dans l'importation<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Voir la réponse des représentants du MEDEF-NC au questionnaire.

<sup>40</sup> Voir sur ce point particulier, l'analyse de l'ACNC dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018.

<sup>41</sup> La notion de temps plein retenu correspond au nombre d'heures déclarées au moins égal à 507h par trimestre (soit 507h x 4 pour une année). La période d'activité (contrat de travail) du salarié couvre à minima la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre de chaque année étudiée : sont donc exclues les personnes entrant dans l'entreprise en cours d'année comme celles quittant l'entreprise en cours d'année ainsi que les salariés dont le nombre d'heures n'a pas été déclaré.

<sup>42</sup> Tennessee Farm Laiterie, Bischochoc, Le Froid, GBNC, Millo, Etablissements de Saint Quentin (ESQ), La française des viandes, Cartonnages multiformes industrie, Teeprint distribution, Vega, Switi caledonie, Pacome aerosols, Riz de Saint Vincent, Minoterie de Saint Vincent, Provenderie de Saint Vincent, La Perigourdine et Artypo. Ces entreprises ont été choisies comme échantillon car elles ont été auditionnées ou questionnées par l'ACNC dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018.

<sup>43</sup> Selon les données transmises par la FINC le 30 novembre 2018, sur les 583 entreprises du secteur de l'industrie de transformation employant au moins un salarié, seules 162 entreprises sont protégées par une mesure de protection quantitative en 2018. L'échantillon porte sur 17 entreprises employant 1 à 83 salariés à temps plein sur la période 2013-2017, soit 10 % des entreprises employeuses protégées par une mesure quantitative.

<sup>44</sup> SCIE Distribution, D.H.F (SOPLI), Cocoge Distribution, Societe Korail Alimentation SARL, Noumea Gros, Etablissements Rabot, Etablissements Bargibant, Société Commerciale Et Technique (Scet), Laduo (IMDEX), Pro-Fruits et Société De Distribution Et De Gestion (S.D.G Carrefour). Ces entreprises ont été choisies comme échantillon car elles ont été auditionnées ou questionnées par l'ACNC dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018.



73. Il ressort des informations transmises que sur 17 producteurs locaux protégés et employant au total 312 personnes à temps plein en moyenne sur la période, l'on décompte un total de 45 postes à temps plein supprimés par 7 producteurs locaux alors que 40 postes à temps plein ont pu être créés par 8 producteurs locaux tandis que deux producteurs locaux ont stabilisé leurs effectifs à temps plein. A titre de comparaison, sur la même période et selon les mêmes critères, sur un panel de 11 entreprises spécialisées dans l'importation employant au total 215 personnes en moyenne sur la période, l'on décompte un total de 40 postes à temps plein supprimés par 6 importateurs tandis que 5 importateurs ont créé 34 postes à temps plein.
74. Si l'on tient compte de l'ensemble des salariés employés par les mêmes entreprises sur la période 2013-2017, y compris ceux ayant une période d'activité ne couvrant pas intégralement l'année étudiée, le résultat est encore plus frappant. En effet, les 17 producteurs locaux protégés pris pour échantillon ont employé 891 personnes en moyenne sur la période mais 9 d'entre eux ont été conduits à supprimer un total de 276 postes (dont 185 par une seule entreprise) tandis que seulement 5 d'entre eux ont réussi à créer 86 postes, les deux autres ayant conservé le même nombre d'employés. A titre de comparaison, sur le panel des 11 entreprises spécialisées dans l'importation, l'on observe qu'elles ont employé 680 personnes en moyenne sur la période 2013-2017 et que 6 d'entre elles ont supprimé 91 postes (dont 42 par une seule entreprise) alors que les 5 autres ont créé 50 postes.
75. **L'Autorité se félicite donc que, pour l'avenir, les mesures de régulation de marché soient accordées au regard d'un objectif de « création d'emplois » sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie** même si, comme l'ont souligné les représentants de l'Intersyndicale Vie chère, cet objectif n'est pas strictement repris comme un engagement obligatoire de la part des entreprises demandant une régulation de marché dans la mesure où le 4° de l'article Lp. 413-5 impose des engagements sur « l'emploi : effectif, évolution, part consacrée à l'emploi local » : « sur l'emploi, nous n'avons aucune donnée chiffrée pour apprécier l'impact des protections de marché sur ce terrain par filière d'activité. Nous en avons reparlé à l'ISEE au cours de l'observatoire des prix. Nous trouvons que la « création d'emplois » devrait être une contrepartie obligatoire ce qui n'est pas le cas dans le PJJ. » (soulignement ajouté).<sup>45</sup>

### **3. Le choix de la codification démontre une volonté d'inscrire dans la durée un dispositif restreignant la concurrence des produits importés**

#### *a) La volonté d'élever au rang législatif la réglementation sur les régulations de marché*

76. Comme le souligne l'exposé sommaire de l'avant-projet de loi du pays, la combinaison des articles 22 et 99 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie militent en faveur de l'adoption d'une loi du pays lorsque le gouvernement entend faire adopter des règles entrant dans le champ des « principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales »<sup>46</sup>.
77. L'Autorité constate que la liberté des prix et le droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie sont régis par les dispositions du livre IV du code de commerce, si bien que l'introduction de mesures de régulation de marché limitant le jeu de la concurrence devrait être prévue par la loi, sauf à considérer qu'elle entre déjà dans le champ de l'article Lp. 411-3 du code de commerce qui dispose :

<sup>45</sup> Voir la réponse au questionnaire de l'Intersyndicale-Vie chère.

<sup>46</sup> Voir le 10° de l'article 99 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

*« Dans les secteurs pour lesquels les conditions d'approvisionnement ou les structures de marché limitent le libre jeu de la concurrence, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut adopter, par arrêté, après avis public de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, les mesures nécessaires pour remédier aux dysfonctionnements des marchés de biens et de services concernés, notamment des marchés à l'importation, d'acheminement, de stockage et de distribution, en gros ou au détail. Les mesures prises portent sur l'accès à ces marchés, l'absence de discrimination tarifaire, la loyauté des transactions, la marge des opérateurs et la gestion des facilités essentielles, en tenant compte de la protection des intérêts des consommateurs » (soulignements ajoutés).*

78. L'Autorité considère que l'avant-projet de loi du pays va nécessairement porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la libre concurrence des entreprises installées en Nouvelle-Calédonie comme à l'intérêt des consommateurs en raison des effets anticoncurrentiels attachés aux mesures quantitatives et tarifaires précédemment évoqués. Il lui semble donc **impératif que le législateur calédonien valide les restrictions proposées par le gouvernement, après avoir pris connaissance de l'avis du Conseil d'Etat sur le caractère proportionné ou non des dispositions envisagées au regard de ces principes.**

*b) La codification de la réglementation répond à un souci d'accessibilité et de permanence de la réforme*

79. Le gouvernement propose d'inscrire la réglementation relative aux régulations de marché au sein du livre IV du code de commerce « *De la liberté des prix et de la concurrence* », en introduisant, au sein du titre 1<sup>er</sup>, un nouveau chapitre III « *Des mesures de régulations de marché* », codifié aux articles Lp. 413-1 à Lp. 413-25, afin d'améliorer l'accessibilité du droit aux calédoniens.
80. L'Autorité ne peut que saluer cet objectif. Elle observe que la réglementation proposée va effectivement restreindre la concurrence sur les marchés de la Nouvelle-Calédonie, du fait de l'interdiction ou la limitation des produits importés sur le territoire, de sorte qu'il peut être justifié d'en prévoir les modalités au sein du livre IV du code de commerce.
81. Elle relève également que le choix du gouvernement de codifier la réglementation relative aux régulations de marché vise à renforcer les mesures protectionnistes en Nouvelle-Calédonie en inscrivant ce nouveau dispositif dans la durée. En séance, les commissaires du gouvernement ont confirmé cette ambition et précisé que la codification envisagée traduit également la vision stratégique du gouvernement.

*c) Le choix d'introduire les régulations de marché comme exception au principe de liberté des prix à l'article Lp. 410-2 du code de commerce entend « traduire la vision stratégique du gouvernement »*

82. L'article Lp. 410-2 du code de commerce est le seul article du titre I du livre IV du code de commerce intitulé : « Dispositions générales ». Il fixe le principe de la liberté des prix en fonction du jeu de la concurrence de la manière suivante : « *Sauf dispositions spécifiques, les prix des biens, produits et services marchands sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Cette règle s'applique à tous les stades, de la production à la distribution* ».
83. L'article 1<sup>er</sup> de l'avant-projet de loi du pays entend compléter cet article en ajoutant l'alinéa suivant : « *Toutefois, en vue de favoriser l'écoulement des biens produits ou transformés localement et de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés, il peut être instauré, lorsque l'intérêt économique général de Nouvelle-Calédonie le justifie et*

*dans les conditions définies par le chapitre III du présent titre, des mesures de régulation de marché destinées à restreindre l'importation de produits concurrents. ».*

84. Interrogés sur la pertinence de placer cette disposition à la suite du premier alinéa de l'article Lp. 410-2, les commissaires du gouvernement ont expliqué que l'objectif était d'inscrire le dispositif de régulation de marché, comme exception au principe de libre concurrence, dans les dispositions générales du titre I du livre IV du code de commerce afin « *d'exprimer la vision stratégique du gouvernement* ».
85. Si l'Autorité entend cet argument, il lui semblerait néanmoins plus pertinent de **créer un nouvel article Lp. 410-3 au sein du titre I du livre IV du code de commerce pour présenter le dispositif des mesures de régulation de marché comme une exception au principe de libre concurrence lui-même.**
86. En effet, l'Autorité considère que l'instauration de mesures de régulation de marché n'a pas nécessairement de lien avec le principe de libre fixation des prix. De telles mesures de régulation de marché ne devraient pas nécessairement emporter réglementation des prix des produits protégés. Par exemple, si le marché local est atomisé, c'est-à-dire qu'il existe plusieurs producteurs locaux concurrents, la fixation du prix des produits protégés devrait toujours résulter du libre jeu de la concurrence local. A l'inverse, ce n'est que dans l'hypothèse où le marché local serait monopolistique ou oligopolistique et protégé de la concurrence des produits importés que la réglementation des prix pourrait être pertinente, ce qu'il conviendrait d'examiner au cas par cas. En séance, les commissaires du gouvernement ont d'ailleurs confirmé cette analyse et précisé que la réglementation des prix n'interviendrait que si nécessaire, après un examen de chacune des demandes de régulation de marché présentées au gouvernement.
87. Dès lors, pour des raisons d'intelligibilité du droit de la concurrence, l'Autorité invite le gouvernement à modifier l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi pour introduire, le cas échéant, un nouvel article Lp. 410-3 au sein du titre I du livre IV du code de commerce présentant le dispositif de régulation de marché comme une exception au principe de libre concurrence, quel que soit ses effets sur le mode de fixation des prix.

<p><b>Recommandation n° 1 :</b> modifier l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi pour introduire un nouvel article Lp. 410-3 au sein du titre I du livre IV du code de commerce précisant clairement que le dispositif de régulation de marché est une exception au principe de libre concurrence en vue de favoriser l'écoulement des biens produits ou transformés localement et de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés, lorsque l'intérêt économique général de Nouvelle-Calédonie le justifie et dans les conditions définies par le chapitre III du présent titre.</p>
--

## ***B. Le contenu de la réforme : une procédure discrétionnaire, plus rapide, assortie de l'obligation en cas de demande nouvelle de la part d'une entreprise de présenter des contreparties et de justifier de leur mise en œuvre sous peine de sanction***

### **1. Sur le fond : le renforcement du dispositif actuel et l'introduction de nouvelles contreparties**

#### *a) La suppression des critères d'appréciation des demandes de régulation de marché au profit de l'obligation de présenter des engagements n'est pas justifiée*

88. L'Autorité s'étonne du fait que l'avant-projet de loi du pays ne prévoit plus aucun critère d'appréciation des demandes de régulation de marché alors que l'article 1<sup>er</sup> de la délibération n° 252 imposait, en principe, d'apprécier l'opportunité d'instaurer une protection de marché « *notamment, au regard du supplément de valeur ajoutée apporté par la fabrication locale de biens par rapport à l'importation de biens identiques ou similaires et au regard de l'atteinte portée au droit et au bien-être du consommateur* ».
89. Bien que dans le cadre de l'instruction de la Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 précitée, l'Autorité ait constaté que ce test était insuffisamment pris en considération, il avait le mérite d'exister, qu'une entreprise se soit engagée dans un contrat de performance ou non.
90. Interrogé dans le cadre de l'instruction du présent avis, l'UFC-Que Choisir Nouvelle-Calédonie a regretté la suppression de ces critères d'arbitrage, en soulignant que « *Contrairement au texte précédent, il n'y a pas d'allusion au consommateur et aux raisons qui peuvent, pour lui, au-delà du développement économique et des emplois, justifier une restriction* ». D'une manière générale, cette association de protection des intérêts des consommateurs considère que « *les aides doivent contribuer à aider au développement d'une nouvelle production et non soutenir à perpétuité une entreprise qui ne peut être rentable - sauf intérêt stratégique pour la Nouvelle-Calédonie.* »<sup>47</sup>.
91. De la même manière, les représentants de l'Intersyndicale-Vie-chère ont regretté l'absence de critère d'appréciation des mesures de régulation de marché, et particulièrement la disparition de la prise en compte de l'intérêt du consommateur : « *Nous pensons qu'il faut plusieurs critères cumulatifs pour examiner chaque demande : la contribution à la valeur ajoutée de la production locale par rapport à l'import, le niveau de prix qui sera pratiqué localement, la capacité à satisfaire l'ensemble des besoins locaux et d'une manière générale il faut laisser un minimum de concurrence sur le marché local et disposer d'engagements suffisants pour compenser l'atteinte au bien-être des consommateurs (...) Nous considérons qu'il faut qu'il y ait toujours un critère permettant de tenir compte de l'atteinte portée au consommateur lorsque des protections sont mises en place ou lorsque l'on décide de lever ces protections : il faut s'assurer de la qualité et de la quantité offerte aux consommateurs. Il y a un problème avec les STOP dans un pays de la dimension de la NC : le pays est trop petit pour qu'il y ait localement plusieurs concurrents locaux : nous pensons qu'il faut toujours un minimum de concurrence pour s'assurer de prix concurrentiels et de stimulation des entreprises pour améliorer la qualité, la diversité et les quantités offertes aux consommateurs. (...)*»<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Voir la réponse des représentants de l'UFC que-choisir au questionnaire.

<sup>48</sup> Voir la réponse des représentants de l'Intersyndicale-Vie chère au questionnaire.

92. Le SIDNC a, quant à lui, indiqué que « depuis la mise en place des protections de marché en 2006 avec la délibération 252, il n'y a pas eu plus de création d'emploi, de valeur ajoutée, ni de structuration des filières, ni de développement de compétences locales ... par contre, le droit et le bien-être du consommateur défini dans la délibération 252 n'a plus sa place dans les objectifs de ce projet de loi du pays ! Peu importe la qualité, le prix, le choix, les normes ..., le consommateur calédonien devra acheter ce que l'industriel produit »<sup>49</sup>.
93. Le MEDEF considère que : « Si protection il doit y avoir, elle doit se cantonner aux filières capables d'être compétitive dans un avenir proche, ou alors faire valoir d'un progrès technique identifiable, mesurable, nécessaire et indispensable à la collectivité pour assurer les équilibres économiques et sociaux »<sup>50</sup>.
94. Dans le cadre de la réunion du COMEX du 24 octobre 2018, le Président du gouvernement avait été interpellé par le directeur de l'IEOM sur les critères d'attribution des régulations de marché et avait répondu qu'il était « délicat d'intégrer dans la loi des critères de décision portant sur l'attribution de mesures tarifaires ou quantitatives. Cela dépend du secteur »<sup>51</sup>.
95. En séance, les commissaires du gouvernement ont indiqué que l'analyse des demandes de régulation de marché se ferait, au cas par cas, au regard des engagements qui devront obligatoirement être proposés par l'entreprise dès le dépôt de la demande (cf *infra*). Ils ont précisé qu'une réflexion pourrait néanmoins être engagée pour introduire des critères d'analyse de la demande de protection elle-même.
96. **L'Autorité considère, pour sa part, que l'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la libre concurrence résultant de l'octroi de mesures de régulation de marché serait disproportionnée en l'absence de critères objectifs d'analyse des demandes dans le présent projet de loi du pays. C'est la raison pour laquelle elle réitère sa proposition consistant à introduire quatre critères d'analyse des demandes de régulation de marché en se référant à la grille d'analyse mentionnée à l'article Lp. 421-4 du code de commerce.**
97. Cet article fixe en effet les conditions dans lesquelles certaines pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des opérateurs économiques sur des marchés, peuvent échapper à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante dès lors qu'elles « ont pour effet d'assurer un progrès économique et réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ». Or, dans la mesure où une protection de marché renforce nécessairement le pouvoir de marché des opérateurs locaux en réduisant ou en supprimant la concurrence des produits importés, il lui paraît légitime qu'elle soit appréhendée de la même manière qu'une pratique anticoncurrentielle qui atténue ou élimine la pression concurrentielle sur un marché donné et qu'elle soit susceptible d'être autorisée selon les mêmes critères d'exemption individuelle.
98. A cet égard, il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence en métropole que la notion de « progrès économique » visée à l'article L. 420-4 du code de commerce métropolitain (qui trouve son pendant à l'article Lp. 421-4 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie) est suffisamment large pour englober l'ensemble des objectifs actuellement visés par l'article Lp. 413-1 du présent projet de loi du pays. De plus, la grille d'analyse proposée apparaît pertinente, quels que soient le marché concerné et la nature de la mesure de régulation demandée (quantitative ou tarifaire).

---

<sup>49</sup> Voir la réponse des représentants du SIDNC au questionnaire.

<sup>50</sup> Voir la réponse des représentants du MEDEF-NC au questionnaire.

<sup>51</sup> Voir le compte-rendu de la réunion du COMEX du 24 octobre 2018.

99. La transposition de ces critères pour fonder une demande de régulation de marché reviendrait à mettre à la charge du demandeur le soin de démontrer que :

– **la mesure de protection de marché contribue directement au « progrès économique »**, lequel recouvrirait bien évidemment le développement d'un modèle économique plus endogène, la création d'emplois, la compétitivité des entreprises locales, la structuration de la filière de production locale mais également d'autres champs comme l'aménagement du territoire, la diversification de l'économie, l'insertion de la jeunesse par le travail, l'acquisition de compétences et la promotion sociale ou encore les objectifs de développement durable visés à l'article Lp. 413-1. Dans ce cadre, l'entreprise demanderesse devrait établir que le progrès économique allégué est la conséquence directe de la mesure en cause<sup>52</sup> ;

– **la mesure de protection de marché réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte**, étant précisé que « *la notion « d'utilisateur » englobe tous les acteurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'accord, y compris les transformateurs, les grossistes, les détaillants, mais surtout, dans le cas de biens destinés à être largement commercialisés, les consommateurs finals* »<sup>53</sup>. La notion de « *partie équitable* » suppose que les avantages obtenus par les utilisateurs compensent les inconvénients qui en résultent, ce qui inclut évidemment le renforcement du pouvoir d'achat des calédoniens au sens du 6° de l'article Lp. 413-1. Par exemple, si une mesure de protection de marché est susceptible d'entraîner une hausse des prix, il faut pouvoir constater un relèvement conséquent de la qualité des produits ou obtenir un engagement de la part du demandeur sur la baisse des prix de vente ;

– **la mesure de protection de marché ne permet pas aux entreprises du secteur protégé d'avoir la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés**. Il s'ensuit que les mesures de suspension les plus graves (STOP) ne devraient pas pouvoir être maintenues ou accordées à un secteur monopolistique ou quasi-monopolistique dans la mesure où elles élimineraient toute possibilité de concurrence. En revanche, elles seraient admissibles sur un marché local atomisé, voire sur un marché oligopolistique si les entreprises formant l'oligopole prennent des engagements apportant des contreparties suffisantes à l'atteinte à la concurrence qui en résulte. Pour conduire cette analyse, il conviendrait que **le service chargé de l'instruction de la demande procède systématiquement à un « test de marché » auprès de l'ensemble des tiers affectés** par la mesure de régulation de marché envisagé, à l'instar de la procédure suivie par l'Autorité de la concurrence lors de l'instruction des projets de concentration ou de création/extension de commerce de détail ;

– enfin, **la mesure de protection de marché est indispensable pour parvenir au progrès économique poursuivi**. Cela suppose que le service d'instruction de la demande vérifie s'il n'existe pas d'autres moyens moins attentatoires à la concurrence que la mesure de régulation de marché demandée pour parvenir aux objectifs de progrès économique poursuivis.

100. L'Autorité considère que cette grille d'analyse permettrait au service instruisant la demande de protection de marché de bénéficier de critères simples et clairs permettant de vérifier notamment les effets réels ou potentiels de la mesure demandée sur « l'intérêt économique général de la Nouvelle-Calédonie » eu égard à ses impacts sur les producteurs, les importateurs, les grossistes-distributeurs, les clients professionnels et les consommateurs. **Dans le cadre de**

---

<sup>52</sup> Voir l'Avis n° 99-A-17 du 17 novembre 1999 du Conseil de la concurrence métropolitain relatif à la mise en œuvre des remboursements différenciés en matière d'optique et à la question de la communication des conventions signées entre mutuelles et opticiens.

<sup>53</sup> Idem.

cette analyse, il pourrait être tenu compte des engagements présentés par les entreprises demanderesses en contrepartie des mesures de régulation sollicitées comme le proposent les commissaires du gouvernement. C'est en tout état de cause la méthode d'analyse que l'Autorité a appliquée pour répondre aux demandes d'avis du gouvernement sur les cinq nouvelles mesures de protection de marché particulières proposées pour l'année 2019 dans le cadre de son avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018<sup>54</sup>.

101. L'Autorité invite donc le gouvernement à compléter l'article Lp. 413-1 par l'alinéa suivant : « *L'octroi d'une mesure de régulation de marché s'apprécie au regard de sa contribution au progrès économique, dès lors qu'il est démontré qu'elle réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner à ses bénéficiaires la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause et qu'elle s'avère indispensable pour parvenir au progrès économique envisagé* ».

**Recommandation n° 2 :** compléter l'article Lp. 413-1 par l'alinéa suivant : « *L'octroi d'une mesure de régulation de marché s'apprécie au regard de sa contribution au progrès économique et de la démonstration qu'elle réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner à ses bénéficiaires la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause et qu'elle s'avère indispensable pour parvenir au progrès économique envisagé* ».

*b) Le maintien de barrières quantitatives et tarifaires assorti d'une possibilité nouvelle de cumul renforçant leurs effets anticoncurrentiels*

102. L'article 2 de l'avant-projet de Loi du pays instaure un nouvel article Lp. 413-4 du code de commerce qui prévoit que : « *Les mesures de régulation de marché prennent la forme, de manière alternative ou cumulative, de restrictions quantitatives à l'importation ou de protections tarifaires* » (soulignement ajouté).
103. L'exposé des motifs précise que l'article Lp. 413-4 prévoit que « *le choix entre les deux formes de régulation de marché doit s'apprécier au cas par cas, en fonction du marché concerné et des enjeux économiques et sociaux considérés. En tout état de cause, la mesure doit atteindre l'objectif fixé par la loi du pays, c'est-à-dire favoriser l'écoulement de la production locale par la réduction de l'importation. Toutefois, il est possible de dessiner une grille d'appréciation des différents outils disponibles (...)* ». Cette grille, présentée précédemment, montre que le gouvernement privilégie systématiquement les barrières quantitatives, la régulation tarifaire n'étant privilégiée que « *dans les autres cas* » ou pour compléter une mesure de régulation quantitative « *pour des raisons budgétaires évidentes. Dès lors qu'un produit est soumis à un contingent (...) il peut être opportun de capter fiscalement une partie de la plus-value [réalisée par les distributeurs qui pratiquent des prix élevés sur des produits rares] pour les collectivités qui sont en charge de soutenir le développement économique* ».
104. L'Autorité observe que le cumul des mesures tarifaires et quantitatives est une nouveauté par rapport à la délibération n° 252 qui prévoyait explicitement le non-cumul des protections<sup>55</sup>. A cet égard, la jurisprudence du juge administratif était venue garantir le principe de non-cumul sous l'empire de la délibération n° 252<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> ACNC, avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018 portant sur cinq demandes de protections de marché individuelles et divers projets de délibérations et d'arrêtés y afférant.

<sup>55</sup> L'article 2 de la délibération n° 252 précise que les protections de marché peuvent prendre deux formes : soit des mesures de restrictions quantitatives à l'importation, soit des mesures de protections tarifaires.

<sup>56</sup> Le juge administratif, chargé de contrôler l'application de la délibération n° 252, a été amené à censurer plusieurs arrêtés en raison de la violation par le gouvernement du principe de non-cumul. Il a par exemple condamné la

105. Certains organismes interrogés au cours de l’instruction considèrent néanmoins que le principe de cumul pourrait dans certains cas être pertinent. A cet égard, les représentants de la province Sud indiquent que « *lorsqu’il est décidé une mesure quantitative (STOP, quota, etc.), l’adoption d’une mesure tarifaire concomitante devrait permettre de limiter les marges des acteurs économiques de la filière liée à l’importation, à défaut de quoi ces marges pourraient être excessives du fait du différentiel de compétitivité entre les produits importés et les productions locales* »<sup>57</sup>. Le secteur industrie de la CCI estime que « *le cumul de mesures de soutien peut être pertinent, voire, dans certains cas, porter un compromis entre les parties prenantes [pour éviter un STOP]* »<sup>58</sup>. Le représentant de la CPME, sans se prononcer sur le principe en lui-même, estime qu’« *il conviendra aux services instructeurs de juger de la pertinence d’un possible cumul des mesures de régulation* ». Pour les représentants de l’Intersyndicale Vie-chère « *le débat reste ouvert* »<sup>59</sup>.
106. En revanche, il ressort de l’instruction que la majorité des organismes consultés se prononcent en défaveur du principe de cumul.
107. Pour le représentant de l’IEOM, « *c’est la principale ambiguïté de ce projet de loi : il ne définit pas quelles sont les situations qui peuvent conduire à des protections tarifaires ou non tarifaires. Encore une fois, il ne s’agit que d’entériner une situation existante, mais il aurait été, à mon avis, préférable de considérer que les protections non tarifaires s’appliquent comme des exceptions au cas normal de protection tarifaire, exceptions demandant à être justifiées* »<sup>60</sup>.
108. Pour les représentants de la CMA, « *le principe cumulatif avec des restrictions pourrait avoir des effets forts sur le niveau des prix* »<sup>61</sup> (soulignement ajouté).
109. Les représentants du SCNC se déclarent « *très défavorables au caractère cumulatif* »<sup>62</sup>.
110. Les représentants du SIDNC considèrent que « *c’est une double peine pour les entreprises concernées mais aussi pour les consommateurs. De plus, nous avons été à l’origine du recours contre les doubles protections en 2010 que nous avons gagné car interdites par la délib 252. Et contrairement à la position de Philippe Germain (CR du COMEX du 24102018), il ne s’agit pas d’une coquille mais bien de la volonté du groupe de travail de l’époque qui a validé la doctrine de la CCI* »<sup>63</sup> (soulignement ajouté).
111. De manière similaire, le secteur commerce de la CCI « *s’oppose au cumul des protections qu’il considère comme une double peine pour ses entreprises* »<sup>64</sup> (soulignement ajouté).
112. Enfin, le MEDEF-NC « *ne préconise pas le cumul de restrictions quantitatives et de protections tarifaires rejoignant l’ACNC dans son analyse juridique sur le principe de non-cumul (point 178). De plus les solutions de mesures tarifaires nous paraissent préférables à celles*

---

double protection appliquée sur des volailles congelées, ces marchandises faisant l’objet à la fois d’une mesure de protection tarifaire et de restrictions à l’importation, voir le jugement du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie n° 1082 du 21 octobre 2010.

<sup>57</sup> Voir la réponse des représentants de la province Sud au questionnaire.

<sup>58</sup> Voir la réponse des représentants de la CCI au questionnaire.

<sup>59</sup> Voir la réponse des représentants de l’Intersyndicale Vie Chère au questionnaire.

<sup>60</sup> Voir la réponse du représentant de l’IEOM au questionnaire.

<sup>61</sup> Voir la réponse des représentants de la CMA au questionnaire.

<sup>62</sup> Voir la réponse des représentants du SCNC au questionnaire.

<sup>63</sup> Voir la réponse des représentants du SIDNC au questionnaire.

<sup>64</sup> Voir la réponse des représentants de la CCI au questionnaire.



*quantitatives plus contraignantes en matière de concurrence. Le danger d'avoir une double protection serait de permettre une demande systématique par les industriels bénéficiant de protections tarifaires ou quantitatives pour augmenter la protection dont ils disposent déjà »<sup>65</sup> (soulignement ajouté).*

113. **L'Autorité rappelle que le principe de non-cumul, dont le respect est actuellement garanti par le juge administratif, répond aux principes fixés tant par les accords GATT/OMC que par le droit de l'Union européenne à l'égard des PTOM** comme elle l'a déjà souligné dans le cadre sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 précitée.
114. **En séance, les commissaires du gouvernement ont toutefois contesté l'analyse selon laquelle l'article 45 de la Décision 2013/755/UE du 25 novembre 2013<sup>66</sup> d'association entre l'Union européenne et la Nouvelle-Calédonie interdirait le cumul des protections quantitatives et tarifaires sur un même produit.** Ils ont souligné que la Nouvelle-Calédonie avait toujours procédé à un tel cumul sans que cela n'ait soulevé d'objection de la part des autorités européennes, jusqu'en 2010, date à laquelle le juge administratif a appliqué strictement les dispositions de l'article 2 de la délibération n° 252.
115. Ils ont également fait valoir que la conjonction « ou » employée à l'article 45 de la Décision 2013/755/UE du 25 novembre 2013 ne serait pas exclusive mais aurait une fonction énumérative de sorte que le cumul d'une protection tarifaire et quantitative serait possible. Cette interprétation serait confirmée par l'alinéa 5 du même article qui impose au PTOM de transmettre à la Commission européenne les « *tarifs douaniers et les restrictions quantitatives qu'ils appliquent conformément à la présente décision* » (soulignement ajouté).
116. Se fondant sur la première décision du Conseil des communautés européennes du 25 février 1964 relative à l'association des PTOM à la Communauté européenne, ils ajoutent que ce cumul serait d'ailleurs permis de longue date comme l'attesterait l'article 5.2 de cette décision selon laquelle : « *par dérogation aux dispositions des deux paragraphes précédents et dans les conditions fixées par l'annexe II de la présente décision, des restrictions quantitatives à l'égard de l'importation des produits originaires des Etats membres et des autres pays et territoires peuvent être maintenues ou établies dans les pays ou territoires au cas où les mesures prévues à l'article 2 [restrictions tarifaires] se révèlent insuffisantes pour faire face aux nécessités de leur développement et aux besoins de leur industrialisation ou en cas de difficultés dans leur balance des paiements, ou, en ce qui concerne les produits agricoles, en raison des exigences découlant des organisations régionales de marché existantes* » (soulignements ajoutés). Ils précisent enfin que la transmission à la Commission européenne des tarifs douaniers et des restrictions quantitatives appliqués aux produits importés en Nouvelle-Calédonie en 2014, conformément à l'article 45 de la décision d'association du 25 novembre 2013, n'a donné lieu à aucune objection de la part de la Commission européenne.
117. L'Autorité observe tout d'abord que si la décision du Conseil des communautés européennes du 25 février 1964 peut laisser entendre qu'un cumul était envisageable, elle n'est plus en vigueur depuis la décision d'association du 30 juin 1986 n° 86/283/CEE qui dispose, dans son article 74 : « *Les autorités compétentes d'un pays ou territoire peuvent maintenir ou établir, en ce qui concerne l'importation de produits originaires de la Communauté ou des autres pays ou territoires, les droits de douane ou les restrictions quantitatives qu'elles estiment nécessaires,*

---

<sup>65</sup> Voir la réponse des représentants du MEDEF-NC au questionnaire.

<sup>66</sup> « *Les autorités des PTOM peuvent maintenir ou établir, en ce qui concerne les importations de produits originaires de l'Union européenne, les droits de douane ou les restrictions quantitatives qu'ils estiment nécessaires en raison de leurs besoins de développement respectifs* » ; Décision 2013/755/UE du 25 novembre 2013 précitée.

*compte tenu des nécessités actuelles du développement du pays ou territoire.* » L'Autorité relève cependant que la première décision d'association de 1964 est intéressante car elle fixait déjà comme principe la nécessité de privilégier les barrières tarifaires sur d'éventuelles barrières quantitatives, lesquelles ne devaient être envisagées que si les premières s'avéraient « *insuffisantes* » - à l'inverse de ce que propose l'avant-projet de loi du pays. Elle constate également qu'à l'époque où la Nouvelle-Calédonie a transmis à la Commission européenne la liste des tarifs douaniers et des restrictions quantitatives appliqués aux produits importés, la délibération n° 252 interdisant le cumul entre ces deux types de protection s'appliquait déjà sous le contrôle attentif du juge administratif. Dès lors, la Nouvelle-Calédonie respectait le caractère alternatif de ces mesures de protection de marché, qui devaient effectivement être transmises à la Commission, et qui n'appelaient donc aucune observation particulière de sa part.

118. En tout état de cause, s'il était confirmé que le cumul des protections tarifaires et quantitatives était encore possible dans le cadre des relations entre la Nouvelle-Calédonie et l'Union européenne, ce cumul reste interdit dans le cadre des accords GATT/OMC.
119. En outre, **l'Autorité considère que l'introduction d'une nouvelle possibilité de cumul d'une protection quantitative et tarifaire serait susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de ses effets anticoncurrentiels**, sachant que les produits fabriqués ou transformés localement bénéficient déjà d'un taux réduit de TGC (3 %) par rapport aux produits importés (11 ou 22 %) et ne sont soumis ni aux droits de douanes ni à la TSPA, contrairement aux produits importés<sup>67</sup>.
120. En effet, l'intention du gouvernement d'ajouter une taxe de régulation de marché sur toute mesure de contingentement, pourrait avoir pour effet de renchérir son prix de vente rendant le produit encore moins accessible aux consommateurs. Outre l'effet d'éviction et l'effet inflationniste résultant de cette double protection sur les produits importés, cette possibilité pourrait conduire les producteurs et les distributeurs locaux à augmenter également le prix des produits fabriqués localement, l'Autorité ayant déjà démontré qu'ils peuvent avoir un intérêt économique à fixer le prix de vente des produits locaux au niveau, ou à un niveau juste inférieur, à celui des prix des produits importés taxes comprises. Ce risque est d'autant plus élevé que les produits concernés seraient des produits de luxe répondant à une demande peu élastique. Ce phénomène conduirait inévitablement à renforcer le sentiment de « vie chère » en Nouvelle-Calédonie, et ce, même si les prix des produits locaux étaient réglementés ou faisaient l'objet d'engagements de la part des producteurs locaux car le différentiel de prix par rapport aux produits importés augmenterait. Si le gouvernement poursuit à la fois un objectif de protection de la production locale et un objectif budgétaire, l'Autorité ne peut que réaffirmer la nécessité de privilégier des mesures tarifaires réellement dissuasives à toute mesure quantitative.
121. **Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité considère qu'en l'espèce, le cumul d'une protection quantitative (contingent) et d'une taxe de régulation de marché (TRM) sur un même produit apparaîtrait disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi en ce qu'il conduirait inévitablement à limiter excessivement la concurrence entre produits importés et produits locaux et à accroître les prix au détriment du bien être des consommateurs. Elle invite donc le gouvernement à supprimer toute possibilité de cumul comme elle l'avait déjà largement évoqué dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 précitée.**

---

<sup>67</sup> A titre d'exemple, les boîtes et caisses en papier ou cartons (TD. 4819.10.00) font l'objet d'un quota de 50 tonnes par an et se voient appliquer un droit de douane de 5 % ainsi qu'une TGC à 11% alors que le produit concurrent local n'est soumis qu'à une TGC de 3 %.

**Recommandation n° 3 :** Supprimer toute possibilité de cumuler barrière quantitative et barrière tarifaire sur un même produit en supprimant, à l'article Lp. 413-4, les mots : « de manière alternative ou cumulative ».

*c) La suppression de la double condition de produire et de commercialiser effectivement le produit pour demander une mesure de régulation de marché*

122. Le I de l'article 7 de la délibération n° 252 introduit une double condition pour pouvoir prétendre à l'obtention d'une protection de marché :
- « *Ne peuvent faire l'objet d'une protection que les produits locaux dont la production et la commercialisation sont effectives (présents dans les circuits de distribution) » ;*
  - « *Ne sont pas éligibles au bénéfice des protections de marché les produits résultant d'ouvroison ou de transformation considérées comme insuffisantes (...)*
123. Le II du même article liste un certain nombre de prestations limitativement énumérées ne constituant pas un processus de transformation suffisant au sens de ce dernier critère.
124. Cette double condition est justifiée par le fait que les protections de marché restreignent l'entrée de produits concurrents aux produits locaux sur le territoire mais encore faut-il que les producteurs locaux aient effectivement démarré la production et la commercialisation des dits produits et que ce processus de production ou de transformation conduise à un « *supplément de valeur ajoutée* ».
125. Toutefois, l'Autorité a constaté dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 que le second critère pose des difficultés d'interprétation. Ainsi, plusieurs cas d'octroi de protection de marché sont ou ont été contestés devant le juge administratif, lequel a confirmé que le taux d'ouvroison de certains produits transformés localement était insuffisant, empêchant toute forme de protection<sup>68</sup>. Pour améliorer le dispositif, l'Autorité a donc proposé de « *prévoir la transmission formelle d'un avis du comité des productions locales (qui mériterait d'être rétabli à la suite de sa disparition du fait de l'abrogation des certains textes liés à la taxe générale sur la consommation) ainsi qu'un avis de la Direction des douanes pour apprécier ce critère d'ouvroison* ».
126. L'article Lp. 413-2 proposé par l'avant-projet de loi entend simplifier le dispositif en prévoyant que les produits qui pourront être protégés sont « *les biens produits ou transformés localement, les biens produits en Nouvelle-Calédonie ou résultant d'un processus de transformation suffisant de matières premières, matériaux ou produits semi-ouvrés mis en œuvre par une*

<sup>68</sup> Parmi les cas les plus emblématiques, figure celui des filets congelés de saumon (TD 0304.29.00) dans lequel le juge administratif a donné raison à la société Bargibant SA en annulant pour les années 2010 à 2013 les délibérations fixant le taux de TSPA sur les saumons et en condamnant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au versement de dommages et intérêts au motif « *qu'en l'absence de saumons dans les cours d'eau de la zone subtropicale où se situe le territoire de la Nouvelle-Calédonie ou d'élevages de saumons sur le territoire, les filets de saumons congelés ne peuvent qu'être importés ; que ces denrées ne peuvent être regardées, au sens de la loi de pays susvisée, comme des produits agricoles et agroalimentaires importés, concurrents des produits susceptibles d'être obtenus ou fabriqués localement ; qu'ainsi, en les soumettant à la TSPA, les délibérations attaquées ont méconnu la loi du pays modifiée n° 2000-05 du 22 décembre 2000 ; qu'il s'ensuit que lesdites délibérations sont entachées d'illégalité en tant qu'elles ont fixé une TSPA de 23% sous la rubrique 03.04.29.00 pour les filets congelés de saumon* » : voir les jugements du tribunal administratif n° 1300067 du 21 novembre 2013 et n° 1400093, 1400172 du 11 décembre 2014 condamnant le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au remboursement de la TSPA payée indûment par les Etablissements Bargibant pour les années 2010, 2011 et 2012 (8 621 596 F.CFP), au versement d'intérêts (1 517 237 F.CFP) et de frais (300 000 F.CFP) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

*entreprise* » et en reprenant la même liste limitative de prestations considérées comme insuffisante que celle figurant à l'article 7 de la délibération n° 252.

127. L'Autorité observe que la notion de « transformation suffisante » risque de soulever les mêmes difficultés d'interprétation que celle « d'ouvrage insuffisante ». A défaut d'instaurer une consultation obligatoire du comité de la production locale et de la direction des douanes pour obtenir un avis formel, il appartiendra au service instructeur et à l'Autorité, saisie pour avis, d'interroger, dans le cadre de leur test de marché, les différentes parties prenantes sur ce critère pour apprécier le caractère suffisant ou non du processus de transformation engagé.
128. L'Autorité s'inquiète surtout de la suppression de la disposition conditionnant la demande de régulation de marché à la nécessité d'avoir déjà entamé le processus de production et de commercialisation des produits que l'entreprise souhaite voir protégés.
129. En séance, les commissaires du gouvernement ont fait valoir qu'il peut être nécessaire de garantir à une entreprise qui envisage de procéder à de lourds investissements sur le territoire pour produire des biens jusqu'alors importés qu'elle pourra bénéficier d'une mesure de régulation de marché pendant un délai maximal de dix ans, si l'ensemble des conditions prévues par l'avant-projet de loi est rempli. A défaut, l'investisseur pourrait ne pas être suffisamment incité à prendre des risques économiques et financiers pour se lancer dans cette nouvelle activité malgré les autres aides à l'installation qui pourrait lui être proposées.
130. L'Autorité rappelle toutefois que, **dans son avis du 13 novembre 2018** relatif à la proposition de loi du pays interdisant l'utilisation de certaines matières plastiques, **le Conseil d'Etat a considéré qu'une interdiction générale et permanente d'importation de certains produits alors qu'il existe une incertitude sur la capacité des producteurs locaux à satisfaire quantitativement et qualitativement les besoins locaux pendant un certain délai est disproportionnée.**
131. L'Autorité en déduit que le fait d'accorder une mesure de régulation de marché quantitative à une entreprise qui n'aurait pas effectivement commencé à produire et à commercialiser les produits dont l'importation serait réduite voire empêcher constituerait une atteinte injustifiée et disproportionnée à la liberté d'entreprendre (en limitant celle des importateurs grossistes) et au bien-être des consommateurs (en réduisant la diversité des produits offerts et en accroissant le risque de hausse des prix).
132. S'il peut être légitime d'encourager la fabrication de nouveaux produits en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité considère qu'il existe d'autres moyens pour soutenir cette démarche sans entraver la concurrence et restreindre les choix des consommateurs, à travers des aides directes (subventions, crédit d'impôt, défiscalisation) ou de garanties publiques pour aider les entreprises locales à obtenir des financements privés, à l'instar des dispositifs proposés par la Banque publique d'investissement.
133. Elle invite donc le gouvernement à rétablir la disposition selon laquelle « *Ne peuvent faire l'objet d'une mesure de régulation de marché que les produits locaux dont la production et la commercialisation sont effectives, c'est-à-dire présents dans les circuits de distribution* ». A défaut, il lui semblerait *a minima* nécessaire de prévoir dans l'avant-projet de loi que si une mesure de régulation de marché est accordée à une entreprise pour l'inciter à produire de nouveaux biens jusqu'alors importés, cette mesure ne prendra effet qu'à compter de la première mise en circulation des produits fabriqués ou transformés localement dans les réseaux de distribution.

**Recommandation n° 4 :** compléter l'article Lp. 413-2 par un III pour rétablir la condition selon laquelle « *III. - Seuls les produits locaux dont la production et la commercialisation sont effectives, c'est-à-dire présents dans les circuits de distribution, peuvent faire l'objet d'une demande de régulation de marché* ».

A défaut, préciser à l'article Lp. 413-4 que : « *Les mesures de régulation de marché accordées en application du présent chapitre ne prennent effet qu'au jour de la première mise en circulation des produits fabriqués ou transformés localement dans les réseaux de distribution* ».

*d) Des mesures de régulation de marché accordées pour une durée maximale de 10 ans renouvelables à l'initiative du bénéficiaire*

134. Actuellement, la délibération n° 252 fixe la durée des protections de marché accordées par le gouvernement à 5 ans en toute hypothèse. Celle-ci est renouvelable tacitement, sans limitation, sauf à ce que l'administration démontre qu'elle n'est plus adaptée, au regard des critères fixés dans l'annexe de cette délibération (article 10).
135. Dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018, l'Autorité avait tout d'abord recommandé au gouvernement « *de ne pas fixer de durée légale mais de déterminer une durée de protection au cas par cas. En effet, selon les protections de marché demandées et les marchés concernés, une durée de 5 ans peut s'avérer trop courte ou trop longue* ». Elle ajoutait que « *la durée des engagements susceptibles d'être pris dans le cadre de cette nouvelle procédure devrait nécessairement correspondre à la durée de la protection accordée* »<sup>69</sup>.
136. S'agissant du renouvellement, l'Autorité préconisait de « *faire peser la charge de la preuve de sa nécessité exclusivement sur le demandeur ; prévoir une caducité automatique de la mesure de protection à l'issue du délai pour lequel elle a été initialement accordée et de traiter la demande de renouvellement selon la même procédure qu'une demande de protection initiale avec des exigences supplémentaires tenant à l'évaluation de l'efficacité de la mesure de protection accordée à l'origine* ».
137. L'avant-projet de loi du pays s'inscrit partiellement dans cette démarche en prévoyant, à l'article Lp. 413-14 que : « *Les mesures de régulation de marché sont accordées pour une durée limitée, ne pouvant excéder dix ans. À l'issue de leur durée initiale, elles sont renouvelables par le gouvernement de la Nouvelle- Calédonie sur production, par les entreprises concernées, de nouveaux engagements pris sur le fondement de l'article Lp. 413-5* ».
138. L'Autorité souligne qu'aucun critère n'est prévu par le dispositif pour permettre au service instructeur de juger de la pertinence de la durée de protection demandée. L'exposé des motifs précise néanmoins que la durée peut « *varier selon différents critères et enjeux. Ainsi, l'absence d'enjeux économiques ou la réalisation d'importants investissements militent pour des durées moyennement longues (5 à 10 ans), alors qu'à l'inverse des durées plus courtes (inférieures à 5 ans) peuvent être plus appropriées quand des engagements le nécessitent ou lors de tests de marché* ».
139. Il est apparu au cours de l'instruction que la plupart des acteurs sont favorables à l'instauration d'une durée maximale pour éviter les dérives observées précédemment lorsque les mesures étaient reconduites tacitement tous les cinq ans. Pour autant, **nombreux sont ceux à demander l'instauration de critères dans la loi pour justifier l'octroi de la mesure de régulation pour une durée de dix ans** et à considérer qu'il appartient en effet à l'entreprise bénéficiaire de

<sup>69</sup> Voir la recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 précitée, paragraphes 330 à 332.

démontrer le bien-fondé d'un renouvellement, assorti d'engagements, étant précisé que la durée du renouvellement pourrait être inférieure à la durée initiale.

140. La CANC relève à cet égard que *« concernant la notion de « durée limitée », il a été précisé oralement lors de la réunion du COMEX du 24 octobre, que la durée de la mesure serait « fonction du dossier ». Cette rédaction est évasive et devrait faire l'objet d'une précision, au moins sur les critères qui permettront de définir cette durée. »*<sup>70</sup>.
141. Le SIDNC plaide pour une durée limitée dont le renouvellement ne pourrait être que d'une durée inférieure à la durée initiale : *« il faut une durée limitée avec un terme, et que l'entreprise redépose un dossier obligatoire. Rien de tacite. Cela force l'entreprise à se structurer durant la protection et à rendre des comptes à la fin de la protection, et de voir le chemin parcouru. Cela permet d'ajuster la protection, et de voir si les engagements sont tenus. Par exemple des contrats de 3 ans... Notamment il faut absolument pourvoir introduire une baisse progressive de la protection pour avoir une concurrence dynamique. »*.
142. Le MEDEF-NC s'inquiète de l'absence de critère pour déterminer la durée adéquate : *« sauf à envisager plus de contrôles des engagements et une appréciation « mécanique » (analyse automatisée de ratios) des critères obligatoires par l'administration chaque année, il est probable que les protections accordées le soient pour une période indéterminée »*.
143. Au sein de la CCI-NC : *« Le secteur industrie estime qu'un bilan des mesures de régulation du marché doit être fait par l'administration, accompagné, si nécessaire, de recommandations d'ajustement. Le secteur commerce considère que les mesures de régulation du marché doivent avoir une durée limitée, variable en fonction de l'activité des entreprises, sans reconduction tacite. »*
144. L'UFC Que Choisir NC estime pour sa part que *« La durée limitée doit pouvoir être adaptée à la protection. Il ne faut pas de tacite reconduction sauf à l'entreprise d'en démontrer la nécessité en raison de circonstances non prévisibles (au moment de la demande initiale). »*<sup>71</sup>
145. L'Intersyndicale Vie-Chère considère *« qu'une durée de 10 ans est longue même si l'argument est d'amortir l'outil de production. Tout dépendra vraiment des contreparties demandées aux industriels locaux. Si on arrive effectivement à contrôler et à mesurer les engagements pris, annuellement, la durée de la protection peut être justifiée au-delà de 5 ans mais pas systématiquement. Il faudrait introduire un critère : par exemple, cela peut s'entendre une durée de 10 ans pour une entreprise et qui a de lourds investissements mais pas dans les autres cas. Et sous réserve que les engagements pris soient bien réalisés. Le renouvellement ne peut être accordée pour la même période alors que la situation de l'entreprise a pu évoluer. En réalité, on risque de retrouver le même problème qu'aujourd'hui : si la mesure est accordée une fois pour dix ans, elle le sera toujours, d'autant plus que l'ACNC ne sera jamais consultée en cas de renouvellement ni aucun autre organisme consultatif »*<sup>72</sup>.
146. L'association EPLP estime que la durée de dix ans *« est trop longue. Les résultats de cette politique devraient être évalués après 3 ou 5 ans selon le niveau d'investissement initial. »* et ajoute *« Avant de reconduire, il faut EVALUER et définir des critères objectifs d'examen »*<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Voir la réponse des représentants de la CANC au questionnaire.

<sup>71</sup> Voir la réponse des représentants de l'UFC que-choisir au questionnaire.

<sup>72</sup> Voir la réponse des représentants de l'Intersyndicale Vie Chère au questionnaire.

<sup>73</sup> Voir la réponse de la présidente de EPLP au questionnaire.

147. S'agissant de faire peser la demande de renouvellement sur l'entreprise bénéficiaire, le président de la FINC estime « *important que l'administration puisse faire un bilan de la mesure et proposer une évolution de cette dernière, le cas échéant. Un producteur ne peut à lui seul recueillir toutes les données nécessaires à l'analyse globale de la mesure. Certaines données étant à recueillir auprès de ses concurrents, qu'ils soient producteurs ou importateurs.* »<sup>74</sup>.
148. Comme elle l'a déjà mentionnée dans plusieurs de ses avis, l'Autorité considère que l'octroi d'une protection de marché est assimilable à l'octroi d'une clause d'exclusivité, puisqu'elle restreint par définition la concurrence vis-à-vis des produits importés pour accorder à la production locale l'exclusivité. Il n'en demeure pas moins que l'effet sur la concurrence des mesures de régulation dépend de la nature de la mesure envisagée et de l'intensité concurrentielle sur le marché local. Dès lors, la limitation dans le temps des mesures de régulation de marché devrait être d'autant plus courte qu'il s'agit de mesure de suspension (STOP) ou de contingentement (QTOP) sur des marchés très concentrés en ce qu'elles portent davantage atteinte à la concurrence et au bien-être du consommateur qu'une mesure tarifaire ou des mesures de régulation quantitative sur un marché atomisé. Cela est par ailleurs justifié en raison de l'évolution probable de la taille du marché au cours du temps qui peut nécessiter une réévaluation régulière des mesures quantitatives au regard des besoins exprimés et de la capacité des producteurs locaux à y faire face.
149. **L'Autorité estime cependant qu'il est difficile de fixer des critères *a priori* dans la loi pour déterminer la « bonne durée ». Elle constate que le rétablissement du dispositif de veille économique devrait permettre, le cas échéant, de réviser le champ ou la durée de la mesure de régulation accordée si celle-ci n'apparaît plus adaptée ou si les engagements pris n'étaient pas tenus.**
150. Concernant les modalités de renouvellement des mesures de régulation de marché, l'Autorité se félicite du fait que le gouvernement ait suivi sa recommandation visant à supprimer toute possibilité de renouvellement tacite en mettant à la charge de l'entreprise bénéficiaire l'obligation de formuler une demande de renouvellement et de présenter des engagements complémentaires.
151. En revanche, elle s'étonne que le gouvernement ait choisi d'introduire une procédure simplifiée sans mentionner la consultation obligatoire de l'Autorité pour toute demande de renouvellement alors qu'elle l'invitait à « *Traiter la demande de renouvellement selon la même procédure qu'une demande de protection initiale avec des exigences supplémentaires tenant à l'évaluation de l'efficacité de la mesure de protection accordée à l'origine* ». Il faut en effet rappeler qu'en application de l'article Lp. 462-2 du code de commerce, « *L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est obligatoirement consultée par (...) le gouvernement sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d'arrêté instituant ou renouvelant un régime ayant directement pour effet : 1° De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives (...).* ».
152. Elle considère également que le texte devrait être précisé de telle sorte qu'il ne laisse pas entendre que le renouvellement conduira automatiquement à accorder la même mesure de régulation pour la même durée que la mesure initiale.
153. **En séance, les commissaires du gouvernement ont reconnu le manque de précision de l'article Lp. 413-4 et indiqué que l'intention du gouvernement était bien de soumettre pour avis à l'Autorité toute demande de renouvellement et que la durée de la mesure de régulation, en cas de renouvellement, pourrait varier en fonction des engagements**

<sup>74</sup> Voir la réponse du président de la FINC au questionnaire.

**proposés et de la situation du marché concerné. L’Autorité invite donc le gouvernement à préciser ces deux points dans le dispositif.**

**Recommandation n° 5 :** Modifier le troisième alinéa du I de l’article Lp. 413-14 afin de prévoir : 1) l’obligation pour l’entreprise de présenter un bilan de l’efficacité de la mesure de protection accordée à l’origine lors de la demande de renouvellement ; 2) la consultation obligatoire de l’Autorité sur cette demande de renouvellement ; 3) le fait que la durée de la mesure de régulation accordée initialement n’est pas reconduite automatiquement.

*e) L’introduction d’engagements obligatoires en contrepartie des nouvelles demandes de régulation de marché est positive et mérite d’être approfondie*

154. **Le principal apport de l’avant-projet de loi du pays par rapport à la délibération n° 252 tient incontestablement à l’introduction de l’obligation pour les entreprises de proposer des engagements en contrepartie de la mesure de régulation de marché demandée.**
155. Dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02, l’Autorité a préconisé d’« *imposer au demandeur de présenter, au dépôt de la demande, des engagements quantifiables et vérifiables, spécifiques à la demande de protection de marché qui réservent à la filière locale et aux consommateurs une partie équitable du profit résultant de la protection* ». Elle invitait donc le gouvernement à introduire dans le projet de loi du pays la disposition suivante : « *Le demandeur prend toute mesure propre à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être des consommateurs liées à la mesure de protection demandée* ». Elle l’invitait également à ce que les engagements pris soient mis en œuvre sur l’ensemble de la durée de la protection accordée.
156. **L’Autorité se félicite que le gouvernement ait donné suite à cette recommandation en introduisant l’obligation pour toute entreprise qui demande une mesure de régulation de marché de présenter des engagements** au moins sur les contreparties figurant aux 1° à 4° du I de l’article Lp. 413-5 qui dispose :

« I. - *Les mesures de régulation de marché sont accordées en contreparties d’engagements, concernant notamment :*

*1° le produit : qualité, normes, diversité et choix, commercialisation, marque ;*

*2° le prix : politique tarifaire par catégorie de client ;*

*3° l’investissement : nature, technologie, objet, coût, capacité de production et d’approvisionnement du marché ;*

*4° l’emploi : effectifs, évolution, part consacrée à l’emploi local ;*

*5° la gestion des ressources humaines : administration, sécurité, formation, gestion prévisionnelle des emplois, des compétences et des carrières, politique de répartition de la richesse ;*

*6° la compétitivité : politique commerciale et de distribution, maîtrise des coûts, recherche et développement, innovation, exportation ;*

*7° la notion de filière : transformation de produits locaux, chaîne de valeurs, nombre d’acteurs ;*

*8° le rééquilibrage : implantation de l’outil, approvisionnement, sous-traitance ;*

*9° les objectifs de développement durable : normes, énergies, recyclage, circuit d’approvisionnement.*

*II - Toute entreprise qui demande une mesure de régulation de marché s’engage au moins sur les contreparties figurant au 1° à 4° du I. »*



157. Il convient de préciser qu'en vertu de l'article Lp. 413-13 « *les engagements mentionnés à l'article Lp. 413-5 peuvent être complétés après le dépôt de la demande et à tout moment avant l'expiration des délais [d'instruction]* ».
158. **L'Autorité regrette toutefois que l'avant-projet de loi du pays ne précise pas les raisons pour lesquelles ces contreparties sont obligatoires**, faute de vouloir admettre que les mesures de régulation de marché portent atteinte à la libre concurrence et au bien-être des consommateurs et qu'il convient donc de compenser cette atteinte par des engagements sur les prix, les produits offerts localement, l'investissement et l'emploi *a minima*. Elle note d'ailleurs que, dans l'avant-projet présenté au COMEX, il était indiqué que ces engagements visaient à « *remédier aux effets collatéraux générés par la mise en place de la mesure de régulation, notamment en matière de prix ou d'emplois* » mais cette précision a finalement disparu.
159. Or, l'ensemble des personnes interrogées sont tout à fait conscientes de cette situation. A titre d'exemple, le président de la FINC estime que : « *le service instructeur et l'avis de l'ACNC seront de nature à préciser le niveau des engagements attendus au regard des capacités de l'entreprise et de son projet, de la concurrence et de l'atteinte au bien-être du consommateur* »<sup>75</sup>.
160. De la même manière, les représentants de la CCI-NC considèrent que « *Le service instructeur et l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie devront pouvoir cadrer précisément le niveau des engagements attendus au regard des capacités de l'entreprise et de son projet, de la concurrence et de l'atteinte à l'intérêt des consommateurs, la notion de bien-être étant très subjective.* »<sup>76</sup>.
161. Les représentants du MEDEF-NC confirment que : « *si la demande relative aux engagements est bien réalisée, ce qui sous-entend également la possibilité d'en réaliser l'évaluation de manière factuelle sans subjectivité, logiquement les atteintes au bien-être des consommateurs seront évaluées et « compensées » ou non en fonction de la politique économique choisie par le gouvernement. Il n'est pas dit que les engagements rétablissent l'atteinte au bien-être du consommateur mais apporte une contribution suffisante au progrès économique lequel s'évalue sur des critères qui peuvent être différents du seul bien être du consommateur* »<sup>77</sup>.
162. **L'Autorité réitère donc au gouvernement ses recommandations visant à prévoir explicitement dans le projet de loi du pays que les engagements visent à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être des consommateurs liées à la mesure de régulation de marché demandée ; qu'ils s'appliquent obligatoirement pendant l'ensemble de la durée de la protection accordée ; et qu'ils sont constatés par arrêté du gouvernement pour leur donner force obligatoire et ouvrir droit à recours.**

**Recommandation n° 6** : compléter l'article Lp. 413-5 par un III ainsi rédigé :

« III. - *Les engagements pris par une entreprise en application du présent article apportent au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et au bien-être des consommateurs liées à la mesure de régulation de marché demandée et s'appliquent pendant l'ensemble de la durée de la mesure de régulation accordée. Ils sont constatés par arrêté du gouvernement à l'issue de la procédure prévue à l'article Lp. 413-13 du présent code.* »

<sup>75</sup> Voir la réponse du président de la FINC au questionnaire.

<sup>76</sup> Voir la réponse des représentants du MEDEF-NC au questionnaire.

<sup>77</sup> Voir la réponse des représentants de la CCI-NC au questionnaire.

163. L’Autorité observe par ailleurs que la liste des engagements obligatoires ou susceptibles d’être proposés a beaucoup évolué depuis la réunion du COMEX du 24 octobre 2018 pour tenir compte d’un certain nombre de critiques émises par les différents acteurs. Néanmoins, l’ensemble des personnes interrogées au cours de l’instruction sont favorables à l’instauration de contreparties de la part des entreprises bénéficiaires de mesures de régulation de marché même si les avis divergent sur l’étendue des contreparties demandées.
164. Selon le représentant de la CPME : « *Ces contreparties nous semblent nécessaires et suffisantes (...) Il conviendra au service instructeur de cadrer plus précisément le niveau des engagements attendus au regard des capacités de l’entreprise et de son projet, de la concurrence et de l’atteinte au bien-être des consommateurs* »<sup>78</sup>.
165. Le représentant de l’IEOM confirme que : « *Le principe d’une contrepartie est un excellent principe* » même s’il considère que « *Dans les faits, ces engagements seront difficiles à mesurer et argumenter de façon objective. L’engagement d’une plus grande compétitivité au cours du temps pourrait être pertinent. Elle pourrait être mise en œuvre grâce à des protections tarifaires décroissantes. Avec des protections non tarifaires, le principe de contrepartie me paraît plus difficile à mettre en œuvre en pratique, aussi bien en termes de prix que de qualité car c’est le consommateur qui est doit être le vrai arbitre de ces engagements* »<sup>79</sup>.
166. Le président de la FINC estime que : « *Chaque projet, chaque entreprise étant différent, il est difficile de préciser davantage. Ce cadre permet d’objectiver et de fixer le cadre des contreparties attendues.* »<sup>80</sup>.
167. Le SCNC considère que quatre paramètres devraient être imposés de manière obligatoire tenant à l’investissement, la création d’emplois, la garantie d’approvisionnement en termes de qualité et de régularité et la politique tarifaire<sup>81</sup>. Or, l’engagement sur « la garantie d’approvisionnement du marché en termes de qualité et de régularité » a été supprimé du dispositif. Le MEDEF estime que « *« S’engager sur 4 critères imposés ne suffit pas à rendre obligatoire la politique tarifaire déterminante pour le prix de vente consommateur, ni la diversification de l’offre (pourtant indispensable dans le cas de STOP). Donc il conviendrait d’avoir 6 critères imposés et 2 autres choisis par l’entreprise bénéficiaire de mesure de régulation de marché.* »<sup>82</sup>. Le SIDNC estime que « *l’entreprise doit s’engager au minimum sur 6 critères (...) obligatoires. Il faudrait aussi rendre obligatoire : développement des compétences locales, innovation, la politique tarifaire et la qualité et les normes (inexistante à ce jour)* ». Il conteste enfin la pertinence d’un engagement sur l’exportation<sup>83</sup>.
168. Les représentants de l’intersyndicale vie-chère ont pour leur part indiqué : « *Il y a quatre points obligatoires : nous sommes d’accord mais nous considérons que le 5<sup>e</sup> critère sur la gestion des ressources humaines doit obligatoirement être pris en compte. De plus, la formulation des quatre critères n’est pas positive : on ne vise pas l’« amélioration » de la qualité, de la diversité... des produits, ni la « création » d’emplois, etc. En pratique, nous pensons que tous les critères devraient être obligatoires avec une réponse sur chaque point même si le service d’instruction pourra juger de la priorité à donner aux critères 5 à 9°* »<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> Voir la réponse des représentants de la CPME au questionnaire.

<sup>79</sup> Voir la réponse des représentants de l’IEOM au questionnaire.

<sup>80</sup> Voir la réponse des représentants de la FINC au questionnaire.

<sup>81</sup> Voir la réponse des représentants du SCNC au questionnaire.

<sup>82</sup> Voir la réponse des représentants du MEDEF au questionnaire.

<sup>83</sup> Voir la réponse des représentants du SIDNC au questionnaire.

<sup>84</sup> Voir la réponse des représentants de l’Intersyndicale vie-chère au questionnaire.

169. L'association EPLP est enfin très critique sur le dernier item relatif aux « 9° objectifs en matière de développement durable » considérant que « l'élargissent au développement durable n'est qu'une façade » en l'absence d'évaluation des « coûts environnementaux et sanitaires » des mesures de régulation accordées, en particulier dans le secteur agricole déjà largement subventionné pour des résultats qu'elle considère insuffisant au regard de la satisfaction des besoins des consommateurs et de la qualité des produits offerts. Elle précise que « ce n'est pas parce qu'il y a moins de transport que cela suffit à remplir les objectifs de développement durable »<sup>85</sup>. Elle propose d'introduire des critères beaucoup plus précis tenant par exemple à l'instauration de normes en matière de qualité (limitation des pesticides ou d'autres substances ou résidus toxiques, valorisation des propriétés organoleptiques<sup>86</sup> de la production), de normes sociales, et propose la limitation des subventions favorisant la consommation d'énergie et les engrais de synthèse... en contrepartie des mesures de régulation de marché.
170. L'Autorité considère que si les entreprises bénéficiaires de mesures de régulation de marché s'engagent *a minima* sur les contreparties figurant au 1° à 4° du I de l'article Lp. 413-5, dès le dépôt de la demande et qu'elles les complètent, le cas échéant, à la demande du service instructeur ou d'elle-même, **le dispositif pourrait être proportionné à l'atteinte portée à la libre concurrence et au bien-être des consommateurs à la condition que les engagements proposés soient efficaces, quantifiables, vérifiables, spécifiques à la demande et rapides à mettre en œuvre**, conformément à sa Recommandation du 9 novembre 2018.
171. Lors de la séance, les commissaires du gouvernement ont indiqué que le gouvernement entendait donner suite à cette recommandation de même qu'à celle préconisant la constatation des engagements par arrêté du gouvernement.

**Recommandation n° 7 :** Compléter l'article Lp. 413-5 par un IV ainsi rédigé :

« IV.- Les engagements proposés doivent être efficaces, quantifiables, vérifiables, spécifiques à la demande et rapides à mettre en œuvre ».

172. **S'agissant de la formulation des contreparties visées par l'article Lp. 413-5, l'Autorité invite le gouvernement à retenir des critères positifs** en visant « l'amélioration » de la qualité, de la diversité des produits ou l'instauration de norme au 1° ; le « maintien ou la baisse » des prix au 2°, le « développement » de l'investissement au 3° ; la « création » d'emplois au 4° ; « l'amélioration » de la gestion des ressources humaines au 5° ; « l'accroissement de la compétitivité » au 6° ; la « valorisation » de la filière au 7° et la « promotion » du développement durable au 8°.
173. **Lors de la séance, les commissaires du gouvernement ont indiqué que le gouvernement était favorable à cette recommandation tout en précisant au 4° qu'il privilégierait « le maintien ou la création d'emplois »**, car les mesures de régulation de marché devraient pouvoir permettre de « sauver » des emplois locaux lorsque l'entreprise est en difficulté, en lui redonnant un différentiel de compétitivité par rapport aux produits importés concurrents.

**Recommandation n° 8 :** au I de l'article Lp. 413-5, formuler de manière positive les contreparties attendues de la part des entreprises demandant une mesure de régulation de marché en visant « l'amélioration » de la qualité, de la diversité des produits ou l'instauration de norme au 1° ; le « maintien ou la baisse » des prix au 2°, le « développement » de l'investissement au 3° ; le « maintien ou la création » d'emplois au 4° ; « l'amélioration » de

<sup>85</sup> Voir la réponse de la présidente de EPLP au questionnaire.

<sup>86</sup> Les propriétés organoleptiques d'un produit jouent un rôle primordial dans sa perception avant usage ou consommation et dans son appréciation lorsqu'il est consommé ou utilisé. Les principaux éléments contribuant à la qualité organoleptique sont : l'aspect visuel (forme, couleur...), la texture, le goût, l'odeur, les arômes...

174. **L'Autorité estime que ce dispositif apparaît adapté aux demandes de régulations de marché émanant du secteur de l'industrie de la transformation. Elle s'interroge néanmoins sur l'intention du gouvernement d'étendre ce dispositif à l'ensemble des producteurs agricoles en Nouvelle-Calédonie et sur sa mise en œuvre.** En effet, l'article Lp. 413-2 du projet de loi inclut dans le champ des produits susceptibles d'être protégés en application des autres dispositions du projet de loi ceux fabriqués par des entreprises relevant du code NAF 01 à 10, c'est-à-dire à l'ensemble des produits agricoles. Or, en pratique, les mesures de régulation de marché dans ce secteur sont actuellement fixées par le programme annuel d'importation dont il n'est plus fait mention dans le présent projet de loi du pays. **L'Autorité invite donc le gouvernement à clarifier la procédure applicable aux mesures de régulation de marché dans le secteur agricole (voir *infra*).** En séance, les commissaires du gouvernement ont confirmé que des précisions seraient apportées sur ce point à l'issue de l'examen de l'avant-projet de loi par le Conseil d'Etat.
175. Enfin, dans le cadre de l'instruction, plusieurs opérateurs se sont inquiétés de savoir comment traiter le cas des entreprises qui bénéficieraient d'une mesure de régulation de marché applicable à l'ensemble du secteur alors qu'elles n'auraient pas formulé elles-mêmes une demande en ce sens soit qu'elles n'aient pas souhaité le faire soit qu'il s'agisse de nouveaux entrants. Cette hypothèse est très courante en pratique puisque ce sont le plus souvent les entreprises leader sur le marché qui procèdent à une demande de protection quantitative ou tarifaire.
176. Sur ce point particulier, il ressort du compte-rendu de la réunion du COMEX du 24 octobre 2018 que : *« A la question des nouveaux opérateurs arrivant sur un marché protégé, le Président [du gouvernement] explique que la question se pose déjà depuis 2010, date à laquelle une réflexion sur une réforme des protections de marché a démarré. Il est en effet difficile d'imposer des engagements à des entreprises qui arrivent sur un marché déjà protégé mais nous réfléchissons à une solution. Le Président ajoute qu'il arrive qu'une demande émane d'une filière où tous les acteurs s'engagent dans la démarche. Mais parfois, en effet, un opérateur majeur s'engage dans une demande, que le ou les plus petits ne soutiennent pas, leur objectif étant de gagner des parts de marché, en bénéficiant des mêmes mesures mais sans prendre d'engagements en contreparties. Le Président souligne cependant que ce cas de figure suscite le développement d'une concurrence locale : l'opérateur majeur entreprend les démarches, et les plus petits concurrents en profitent pour se développer. Le Président conclut que ce paramètre pourra être ajusté à l'usage »*<sup>87</sup>.
177. L'Autorité considère pour sa part que **le respect du principe de liberté d'entreprendre s'oppose à ce que le gouvernement puisse imposer des engagements ou d'autres contreparties à une ou plusieurs entreprises n'ayant pas demandé de mesures de régulation de marché.** En conséquence, plusieurs cas méritent d'être distingués :
- si la mesure de régulation de marché est demandée par une seule entreprise alors que le marché local compte plusieurs concurrents, l'Autorité considère qu'il appartient au demandeur de prendre le risque d'être davantage concurrencé localement et d'être le seul à s'engager à des contreparties comme le propose le Président du gouvernement ;
  - si la mesure de régulation de marché ne profite qu'à une seule entreprise, laquelle ferait l'objet d'une opération de rachat par un nouvel opérateur, l'Autorité considère que l'acquéreur

<sup>87</sup> Voir le compte-rendu de la réunion du COMEX du 24 octobre 2018.

demeure tenu au respect des engagements pris antérieurement par la personne morale qu'il rachète et qui demeure protégée.

178. **L'Autorité souligne au surplus que le fait, pour une entreprise intéressée par une demande de régulation de marché, de s'engager dans des discussions avec ses concurrents pour se mettre d'accord pour obtenir une telle mesure de régulation constituerait un cas d'entente anticoncurrentielle au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.** Elle rappelle en effet qu'en vertu de cet article : *« Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de Nouvelle-Calédonie, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions entre professionnels, notamment lorsqu'elles tendent à :*
- *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
  - *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
  - *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
  - *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.*
179. **Sauf à ce que la loi l'autorise expressément ou à démontrer que cette pratique serait susceptible d'être exemptée en application de l'article Lp. 421-4 du même code au regard de la grille d'analyse présentée précédemment, les entreprises parties à l'entente seraient susceptibles d'être lourdement sanctionnées par l'Autorité, les cas d'ententes pour limiter ou contrôler l'accès au marché faisant partie des cas d'entente les plus graves.**

*f) L'instauration d'un dispositif d'évaluation annuelle des engagements transparent et le rétablissement d'une veille économique annuelle*

180. Dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018, l'Autorité recommandait au gouvernement de :
- *« confier un suivi des engagements régulier au service d'instruction des demandes qui apprécierait leur bonne exécution sur la base d'un rapport transmis annuellement par l'entreprise bénéficiaire de la mesure de protection » ;*
  - *« publier sur internet une version non-confidentielle des engagements souscrits permettant ainsi aux tiers d'alerter le service compétent en cas de non-respect d'un engagement » ;*
  - *« rétablir la mission de veille économique de la DAE ».*
181. L'instruction du présent avis a d'ailleurs confirmé la nécessité pour l'ensemble des opérateurs interrogés d'instaurer ces mécanismes de surveillance. L'UFC Que Choisir NC résume bien cet impératif en indiquant que : *« L'évaluation doit être faite régulièrement à partir d'éléments fournis systématiquement et annuellement par les entreprises (avec comme sanction le retrait immédiat si les éléments ne sont pas fournis). Les bénéficiaires de quotas doivent aussi rendre des comptes précis sur l'utilisation (réalisation de l'importation, produit importé, qualité, prix, diversité...).* »<sup>88</sup>.
182. **L'Autorité ne peut donc que se féliciter du fait que le gouvernement ait suivi l'ensemble de ces recommandations puisque :**
- l'article Lp. 413-7 instaure un **suivi annuel des engagements** contractés par les entreprises pour l'obtention de mesures de régulation ;

---

<sup>88</sup> Voir la réponse au questionnaire de l'UFC-Que Choisir NC.

– l'article Lp. 413-8 prévoit la **création sur internet d'une page d'information relative aux mesures de régulation de marché et à leurs retombées économiques** ;

– l'article Lp. 413-9 réintroduit **un dispositif de veille économique** afin de permettre à l'administration de s'assurer de l'adéquation des mesures de régulation de marché et, le cas échéant, de proposer leur adaptation ;

– l'article Lp. 413-10 crée l'obligation pour le gouvernement de produire **chaque année** au congrès un **rapport sur le dispositif de protection de marché**.

*g) La révision bienvenue de la procédure d'octroi et de répartition des quotas à préciser par arrêté*

*Rappel des recommandations de l'Autorité du 9 novembre 2018 concernant la méthode de fixation et de réévaluation des quotas*

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

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

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

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

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

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

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

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

*4.3 Interdire les effets d'aubaine dans les groupes congloméraux*

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

- Sur l'adaptation des mesures de régulation de marché en fonction des besoins

183. Le II de l'article Lp. 413-14 et l'article Lp. 413-15 fixent les modalités de révision des mesures de régulation de marché à l'initiative du gouvernement ou des entreprises.
184. S'agissant du gouvernement, l'article Lp. 413-4 l'autorise à réviser ou supprimer à tout moment toute mesure de régulation de marché « *si elles ne sont plus adaptées* ». Il peut également les « *suspendre temporairement en cas d'urgence* ». Grâce au rétablissement de la veille économique prévu par l'article Lp. 413-9, le gouvernement devrait donc être en mesure de disposer des éléments nécessaires pour réévaluer le niveau des quotas en fonction des besoins (et plus généralement la pertinence de toute mesure de régulation de marché).
185. Pour autant, certaines personnes interrogées se sont inquiétées du pouvoir discrétionnaire laissé au gouvernement en la matière par rapport aux propositions formulées par l'Autorité. En effet, le gouvernement n'est pas tenu de consulter les entreprises du secteur considéré ni aucun autre organisme même à titre consultatif. Selon l'Intersyndicale-Vie-chère : « *il est très choquant que le GNC puisse supprimer ou suspendre une mesure de régulation accordée « si elles ne sont plus adaptées ».* *Quels seront les critères et selon quelle procédure ? Il faudrait des garde-fous, une procédure contradictoire et une décision motivée* ».
186. Ce pouvoir discrétionnaire est considéré comme d'autant plus exorbitant que les entreprises qui souhaitent obtenir une modification des mesures de régulation de marché pour étendre leur portée doivent suivre la procédure applicable à une demande initiale (instruction de la DAE, avis de l'ACNC, décision du GNC dans un délai de 70 à 130 jours ouvrés) en application de l'article Lp 413-15. A l'inverse, toute demande visant à supprimer une mesure de régulation de marché ou à en restreindre la portée par la personne ayant demandé cette mesure est adressée par tout moyen aux services de la Nouvelle-Calédonie. Le gouvernement prend acte de cette demande sans qu'une instruction soit nécessaire.
187. **L'Autorité considère pour sa part que la procédure applicable aux entreprises est justifiée et que le gouvernement doit pouvoir conserver les pouvoirs conférés par l'article Lp. 413-14 pour ajuster le niveau des quotas ou supprimer une protection de marché qui ne serait plus justifiée. Elle reconnaît néanmoins qu'il serait pertinent, dans ces hypothèses, de prévoir un dispositif de consultation préalable des entreprises du secteur concerné, la saisine pour avis ou d'office de l'Autorité étant toujours possible selon les règles actuellement en vigueur.**

**Recommandation n° 9 :** en cas de projet de suspension ou de révision d'une mesure de régulation de marché par le gouvernement, introduire au II de l'article Lp. 413-14 une procédure contradictoire obligatoire avec les entreprises bénéficiaires avant de prendre un arrêté motivé démontrant les raisons pour lesquelles la mesure n'est plus adaptée.

- Sur les modalités de répartition des quotas et les effets d'aubaine

188. L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi précise que « *les articles Lp. 413-17 à 417-18 organisent la répartition et l'attribution des quotas pour les mesures de contingentement. Pour favoriser l'ouverture de la concurrence, la répartition des quotas sera désormais plus équilibrée entre les opérateurs. Les quotas pourront également être orientés en fonction des besoins du marché. Enfin, certains opérateurs ne seront plus autorisés à solliciter des quotas, tels que les industriels bénéficiant de la mesure de régulation ou les importateurs dont l'activité principale n'est pas visée* ».

189. **L’Autorité constate donc avec satisfaction que le gouvernement entend donner suite à l’essentiel de ses recommandations** bien qu’il renvoie la rédaction des modalités exactes de répartition des quotas à un futur arrêté dont elle n’a pas eu connaissance.
190. Le troisième alinéa de l’article Lp. 413-17 fixe néanmoins les principes directeurs des modalités de répartition des quotas de la manière suivante : *« Elles veillent à garantir l’équilibre entre les différents opérateurs, en fonction de leurs demandes respectives, notamment entre les nouveaux entrants et ceux déjà présents sur le marché concerné. Elles permettent d’assurer la complémentarité des produits importés avec ceux produits ou transformés localement »*. Ces principes directeurs apparaissent pertinents et devraient laisser suffisamment de marges de manœuvre au gouvernement pour choisir d’instaurer une répartition des quotas par voie d’appel d’offres et/ou d’introduire une formule de répartition des quotas entre importateurs privilégiant d’une part l’arrivée de nouveaux entrants et permettant d’autre part de tenir compte des deux autres critères suggérés par l’Autorité (part de la production locale distribuée ou commercialisée par l’importateur l’année n-1 et critère lié au quota réellement consommé / quota attribué pour l’année n-1).
191. A cet égard, les représentants du secteur industrie à la CCI-NC estiment qu’*« un toilettage du dispositif dans le sens d’une meilleure transparence de l’octroi des contingents aux opérateurs, et en concertation avec les acteurs économiques, est indispensable. Une redistribution annuelle tenant compte également des projections de l’entreprise permettrait une meilleure répartition des quotas par entreprise demandeuse, plutôt que le renouvellement de celles qui en ont déjà avec seulement 10 % à redistribuer tous les ans »*. Pour le secteur commerce, *« l’attribution de quotas devrait être redéfinie en fonction du marché et en toute transparence pour un exercice équilibré de la concurrence, et exclusivement réservée aux professionnels (grossistes, distributeurs...) ». Les producteurs ne devraient pas en bénéficier, sauf cas de force majeure. Les quotas devraient être également révisés et redistribués en fonction de l’évolution du marché, à une fréquence par exemple semestrielle en tenant compte de la période de fin d’année. »*<sup>89</sup>.
192. **L’Autorité relève que le gouvernement entend maintenir un dispositif spécifique de répartition des quotas dans le secteur des fruits et légumes** *« garantissant l’approvisionnement de la Nouvelle-Calédonie tout au long de l’année, en complément de la production locale »*, **ce qui paraît pertinent**. Il conviendrait toutefois de renvoyer également à un arrêté, lequel pourrait reprendre les propositions formulées par l’Autorité dans le cadre de son avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 relatif à l’organisation de la filière fruits et légumes<sup>90</sup>.
193. **L’Autorité se félicite également du fait que l’article Lp. 413-18 interdise désormais à une entreprise d’être attributaire d’un quota individuel lorsqu’elle est protégée par une mesure de régulation ou lorsqu’elle appartient à un groupe dont l’une des filiales est**

---

<sup>89</sup> Voir la réponse des représentants de la CCI-NC au questionnaire.

<sup>90</sup> Dont la réévaluation de la pertinence de certains quotas en fonction de la réalité des besoins des calédoniens ; l’introduction d’un calendrier annuel des ouvertures de quotas et la levée partielle des quotas durant la saison chaude ; l’instauration d’une procédure d’ouverture et d’attribution de quotas à la fois objective et non collusive en assurant une étanchéité parfaite, au sein de l’Agence rurale, entre les informations sensibles transmises par les producteurs (sur leurs volumes de production) et les grossistes (sur les importations), en imposant à la direction des douanes la transmission mensuelle à l’Agence rurale d’un état récapitulatif des quotas demandés, attribués et utilisés par chaque grossiste-importateur pour chaque position douanière de fruit et légume, lui permettant de contrôler la fiabilité des déclarations des grossistes et l’effectivité des décisions d’attribution de quotas, en établissant une grille de notation des grossistes au regard des quotas consommés par rapport à ceux attribués l’année n-1 (ou le mois précédent) pour attribuer les quotas en année n (ou le mois suivant) lorsque la demande est supérieure aux besoins ainsi qu’au regard du volume de produits locaux effectivement achetés, et en réservant une partie des quotas à de nouveaux entrants pour favoriser l’importation directe de fruits et légumes par tout professionnel du secteur agro-alimentaire (transformateurs, restaurateurs).



**protégée afin d'éviter le phénomène d'assèchement des quotas au détriment des concurrents du producteur local**, comme elle a pu le constater dans le cadre de son avis sur le prix sortie usine du riz « jasmin »<sup>91</sup> comme au cours de l'instruction de la Recommandation n° 2018-R-02 précitée. De même, elle salue la reconduction de la disposition interdisant la revente ou la cession de quotas entre entreprise ainsi que l'interdiction faite à toute entreprise « *d'être attributaire d'un quota individuel pour un produit de négoce ne rentrant pas dans le champ de son activité principale ou secondaire* », conformément à ses recommandations.

194. Il faut d'ailleurs souligner que la plupart des personnes interrogées sont favorables à la réforme du système de répartition des quotas afin de favoriser la concurrence entre les opérateurs et l'arrivée de nouveaux entrants. Outre la CMA, l'IEOM, l'UFC Que Choisir NC, l'Intersyndicale-Vie-chère, l'association EPLP, le SCNC, le MEDEF, la FINC et la CPME qui se déclarent favorables à cette disposition, le SIDNC précise qu'il faut « *interdire les quotas à toute entreprise appartenant à un groupe dans lequel une des filiales est producteur local et bénéficie d'une protection, d'être attributaire d'un quota (...) une industrie locale ne devrait pas avoir le droit d'importer, ni de bénéficier de quota comme cela est le cas aujourd'hui. La protection a pour objectif de développer la production locale, pas l'import. De plus, la part des importations devrait être minime dans leur chiffre d'affaire pour prétendre à une protection car nous avons aujourd'hui des entreprises qui bénéficient de protections de marché alors qu'elles sont plus importatrices que productrices (dossier des yaourts).* »<sup>92</sup>.
195. Le MEDEF ajoute qu'il pourrait être utile de préciser la notion d'appartenance à un groupe, par exemple en définissant un pourcentage de détention de parts sociales. L'Autorité considère pour sa part que cette précision serait inutile dès lors que le droit de la concurrence retient traditionnellement la notion d'influence déterminante pour définir l'appartenance d'une entreprise à un groupe.

#### *h) La révision a minima de la procédure d'octroi d'une dérogation en cas de STOP*

196. L'article Lp. 413-19 de l'avant-projet de loi modifie l'actuelle procédure de dérogation aux mesures STOP en transférant au service instructeur du gouvernement (*a priori* la DAE) l'obligation d'obtenir une attestation de non-production locale par au moins deux producteurs locaux (ou un seul en cas de marché monopolistique) plutôt que par l'entreprise demandeuse, selon des modalités prévues par arrêté.
197. **L'Autorité salue cette modification qu'elle avait suggérée dans sa Recommandation n° 2018-R-02 et invite le gouvernement à aller encore plus loin en imposant des délais stricts au service instructeur et aux producteurs locaux pour répondre à cette demande de dérogation.**
198. Cette nouvelle procédure d'obtention des dérogations pourrait être la suivante : envoi du dossier de demande de dérogation à la DAE, consultation par la DAE d'au moins deux producteurs locaux (ramené à un en cas de monopole) en leur laissant un délai de 15 jours pour rendre un avis motivé en cas de refus, délai au-delà duquel l'avis positif est réputé donné. En cas d'avis négatif des producteurs locaux, soit la DAE considère que la dérogation n'est pas justifiée et peut enjoindre aux producteurs locaux de fournir l'entreprise à l'origine de la demande, soit la DAE considère que le refus des producteurs n'est pas suffisamment motivé et accorde la dérogation. La DAE disposerait d'un délai de 15 jours suivant l'expiration du délai de

---

<sup>91</sup> Avis n° 2018-A-03 du 11 juin 2018 sur le projet d'arrêté du Gouvernement portant modification de l'arrêté n°2012-1291/GNC du 5 juin 2012, [https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis\\_2018-a-03\\_prix\\_du\\_riz.pdf](https://autorite-concurrence.nc/sites/default/files/avis-fichiers/avis_2018-a-03_prix_du_riz.pdf)

<sup>92</sup> Voir la réponse des représentants du SIDNC au questionnaire.

consultation pour notifier sa décision au demandeur. Au total, la procédure ne devrait pas excéder un délai de 40 jours à compter de l'enregistrement de la demande par la DAE.

**Recommandation n° 10 :** compléter la procédure de demande de dérogation mentionnée à l'article Lp. 413-19 en précisant, avant le dernier alinéa, que : « *Ces entreprises disposent d'un délai de 15 jours pour répondre à la consultation au-delà duquel la réponse est réputée positive. Tout refus est dûment motivé. Le service instructeur dispose d'un délai de 15 jours pour rendre une décision suivant l'expiration du délai de consultation : s'il estime que le refus est justifié, il notifie une décision de refus au demandeur et peut enjoindre aux entreprises d'approvisionner ce dernier dans un délai qu'il fixe. Sinon, il accorde la dérogation et notifie sa décision au demandeur. Au total, la procédure ne devrait pas excéder un délai de 40 jours à compter de l'enregistrement de la demande par le service instructeur* ».

199. En séance, les commissaires du gouvernement se sont montrés ouverts à cette recommandation en indiquant qu'elle pourrait être étudiée dans le cadre d'un arrêté d'application de l'article Lp. 413-19.

*j) L'introduction de sanctions administratives qui mériteraient d'être renforcées*

200. Dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018, l'Autorité avait préconisé l'instauration d'un dispositif de sanction en cas de non-respect des engagements suivant une procédure contradictoire devant l'Autorité saisie pour avis par le gouvernement. S'agissant de la nature des sanctions encourues, elle proposait de distinguer deux cas de figure : supprimer la protection à titre de sanction lorsqu'un opérateur est seul sur le marché ou, lorsque plusieurs entreprises bénéficient de la mesure de protection, infliger une sanction pécuniaire à la seule entreprise fautive ou procéder au retrait automatique du bénéfice de la mesure de protection pour l'ensemble du secteur.

201. Les articles Lp. 413-21 à Lp. 413-26 de l'avant-projet de loi introduisent plusieurs sanctions administratives en cas de manquements à la nouvelle réglementation qui sont résumées dans le tableau ci-après.

Article de l'avant-projet de loi du pays	Infractions	Montant maximal de la sanction pécuniaire	Sanction complémentaire
Article Lp. 413-21	Non-respect des engagements	5 MFCCP par engagement non respecté	Suspension temporaire ou définitive de la mesure de régulation de marché
Article Lp. 413-22	Manquement aux obligations de transmission des informations pour le suivi des engagements et la veille économique	1 MFCCP	
Article Lp. 413-23	Manquement à l'interdiction d'importer des marchandises sous quotas ou STOP	Valeur cumulée des marchandises importées	Saisies et destruction des marchandises
Article Lp. 413-24	Manquement à l'interdiction de revente ou de cession de quotas	Valeur cumulée des marchandises importées	Saisies et destruction des marchandises

202. Sur le plan procédural, les manquements seraient constatés par les agents des services compétents de la Nouvelle-Calédonie (en pratique la DAE) et prises par arrêté du gouvernement après que les entreprises intéressées auront été à même de présenter leurs observations.
203. L’Autorité se félicite de l’introduction d’un tel arsenal de sanction mais considère néanmoins que **le montant de la sanction pécuniaire encourue par les entreprises ne respectant pas leurs engagements est trop faible pour être réellement dissuasif**, notamment lorsque plusieurs entreprises sont présentes sur le marché concerné si bien que le risque de suspension temporaire ou définitive de la mesure est très faible. A titre d’exemple, si une entreprise s’est engagée à créer plus de deux emplois à temps plein rémunérés au salaire minimum garanti et qu’elle s’affranchissait de cette obligation, la sanction maximale de 5 millions de FCFP s’avèrerait moins élevée que le coût total de ces frais de personnel sur une année seulement.
204. Dans son rapport le service d’instruction de l’Autorité proposait de s’inspirer du dispositif de sanctions pécuniaires applicable en cas de non-respect des engagements ou d’omission et déclarations inexactes auprès de l’Autorité dans le cadre du contrôle des concentrations, qui prévoit :
- la possibilité d’imposer, sous astreinte, l’entreprise concernée à exécuter ses engagements dans un délai fixé par le gouvernement ;
  - la possibilité d’infliger une amende maximale égale, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d’affaires hors taxes réalisé en Nouvelle-Calédonie lors du dernier exercice clos et, pour les personnes physiques, à 175 000 000 F.CFP (article Lp. 431-8 du code de commerce).
205. Lors de la séance, les commissaires du gouvernement se sont déclarés ouverts à une augmentation du montant des sanctions tout en soulignant la nécessité de disposer de barèmes simples pour éviter les risques de contentieux sur le niveau des sanctions.
206. L’Autorité invite le gouvernement à augmenter sensiblement le montant des sanctions pécuniaires envisagées soit en s’inspirant du dispositif prévu en cas de non-respect des engagements pris lors d’une opération de concentration qui a le mérite d’être proportionnel à la création de valeur réalisée par l’entreprise, soit en fixant un montant maximum en valeur absolue réellement dissuasif.

**Recommandation n° 11 :** modifier l’article Lp. 413-21 pour augmenter sensiblement le montant maximal des sanctions pécuniaires en cas de non-respect des engagements ou d’omission et déclarations inexactes auprès du service instructeur en s’inspirant, par exemple, du dispositif applicable en cas de non-respect des engagements pris lors d’une opération de concentration.

## **2. Sur le plan procédural : le pouvoir quasi-discrétionnaire du gouvernement**

*a) Une délégation totale du pouvoir au gouvernement pour décider de la nomenclature douanière, des produits soumis à la taxe de régulation de marché (TRM), du taux de la TRM, de l’éventuelle réglementation des prix, de l’instruction jusqu’à la décision finale, de la révision ou la suppression de la mesure de régulation, de sa durée et de son renouvellement ainsi que de la nature des engagements souscrits*

207. L’avant-projet de loi du pays propose de confier au gouvernement tous les pouvoirs en matière de régulation de marché, sa seule obligation étant de consulter pour avis l’Autorité en limitant

drastiquement sa capacité à conduire un examen indépendant et approfondi puisqu'au-delà d'un délai de 15 jours francs, l'avis « sera réputé rendu ».

208. Dans sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018, à la lumière des différents avis du Conseil d'Etat sur divers projets de loi du pays, l'Autorité était partie du principe que le congrès est « *seul compétent pour fixer les taux d'imposition de toute nature et pour créer ou modifier, le cas échéant, les sous-position du tarif douanier* » comme pour fixer la liste des produits soumis à réglementation des prix dans le cadre de l'article Lp. 411-2 du code de commerce en vigueur.
209. L'avant-projet de loi du pays prévoit toutefois que le congrès délègue au gouvernement un certain nombre de compétences qu'il exerçait jusqu'alors en matière de réglementation douanière, en matière fiscale et en matière de réglementation des prix.
210. En premier lieu, l'article 5 de l'avant-projet de Loi du pays dispose que « *le tarif des douanes est fixé par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie* » alors qu'il était précédemment fixé par délibération du congrès. Dans l'exposé des motifs, le gouvernement précise que « *l'article 5 permet de transférer au gouvernement la gestion du tarif des douanes, dont la modification est souvent nécessaire pour créer une mesure de régulation du marché* ».
211. L'Autorité a pu constater, dans le cadre de l'examen de l'avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018 relatif à cinq demandes de protection de marché qu'il est souvent très complexe de définir correctement la sous-position tarifaire correspondant exactement au produit à protéger et que le congrès ne dispose pas de l'expertise nécessaire en cette matière. **S'il était confirmé que le congrès peut déléguer cette compétence au gouvernement, l'Autorité rejoindrait la proposition du gouvernement de simplifier la procédure en lui laissant le soin de définir la nomenclature douanière, après avis de la Direction régionale des douanes.**
212. Pour autant, comme elle l'avait déjà souligné dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02, il est souvent difficile d'ajuster au mieux la nomenclature douanière au besoin exprimé, de sorte qu'il pourrait être pertinent d'introduire une clause de revoyure obligatoire au cours de l'année suivant l'octroi de la mesure de régulation de marché pour la réviser le cas échéant. A défaut, le gouvernement prendrait un double risque :
- en fixant un STOP ou un quota trop bas, et dans l'hypothèse où la production locale serait insuffisante, il pourrait limiter l'approvisionnement des entreprises calédoniennes incluant dans leur processus de fabrication le produit en question, réduisant ainsi le niveau d'activité économique globale sur le territoire ; S'agissant d'un produit fini, il pourrait limiter la satisfaction des besoins des consommateurs calédoniens et alimenter un sentiment dégradé de leur part vis-à-vis de la production locale. L'Autorité souligne que cet effet pervers vaut aussi, de manière encore plus accentuée, dans le cas de l'introduction d'un STOP sur une nouvelle sous-position douanière ;
  - en fixant un quota trop haut par rapport aux besoins réels du marché, la protection de marché accordée n'aurait pas l'effet escompté.

<p><b>Recommandation n° 12</b> : en cas d'octroi d'une mesure de régulation de marché quantitative impliquant la création d'une nouvelle sous-position douanière, introduire une clause de revoyure obligatoire dans les six à douze mois suivant cette décision pour ajuster, le cas échéant, la définition de la sous-position douanière, le champ ou le niveau de la mesure de régulation accordée, dans le cadre d'une procédure contradictoire avec les entreprises bénéficiaires.</p>
---

213. En deuxième lieu, l'actuelle taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale (TCPPL) dont la liste des produits concernés et les taux (2 à 60 % ou 250, 500 ou 1000 FCFP par kilogramme ou litre) étaient votés chaque année par le congrès disparaît au profit d'une « *taxe sur les régulations de marché* » applicable à des produits définis par le gouvernement et dont le taux serait compris entre 10 et 60 % de la valeur CAF ou serait fixé à 250, 500 ou 1000 FCFP par litre ou par kilo.
214. L'article Lp. 413-20 qui crée cette nouvelle taxe précise que « *La liste des produits soumis à la taxe, désignés par référence aux positions correspondantes du tarif des douanes, ainsi que le taux ou le montant du droit qui leur est applicable, est fixée par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.* ». L'article 2 de l'avant-projet de Loi du pays prévoit par ailleurs que « *les taxes conjoncturelles pour la protection de la production locale existantes à la date de l'entrée en vigueur de la présente loi du pays sont transformées en taxes de régulation de marché, par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, à l'un des taux ou montants fixés à l'article Lp. 413-20 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie* ».
215. L'extension du pouvoir du gouvernement en matière fiscale a soulevé de nombreuses critiques et préoccupations. Ainsi, les représentants du MEDEF-NC, considèrent qu'il ne s'agit pas d'« *un simple changement de dénomination* » et que « *le gouvernement s'attribue des pouvoirs sur la détermination in fine des droits et taxes qui sont logiquement de compétence du congrès* »<sup>93</sup>. Pour le SIDNC, « *la TRM n'a de seul but de donner tout pouvoir au gouvernement sans aucun contrôle du congrès* »<sup>94</sup>. Les représentants de l'UFC Que choisir NC se sont pour leur part inquiétés du fait que « *la TCPPL (taxe conjoncturelle) serait remplacée par une taxe structurelle alors qu'il existe déjà la TSPA (pouvant frapper les mêmes produits). La TRM et la TSPA se cumuleront-elles ? Elles seront également incluses dans le prix soumis à TGC. Quelle affectation de la TRM est prévue ? Est-ce qu'on est en train de refaire une TGI ?* »<sup>95</sup>.
216. Moins inquiets, les représentant du secteur commerce de la CCI considèrent que « *si la TRM venait à être appliquée, il est souhaitable qu'elle fasse l'objet d'un rapport annuel présenté au Congrès et aux institutions, après consultation des chambres consulaires et des organisations professionnelles* »<sup>96</sup>. Le représentant de la CANC a quant à lui précisé : « *Il a été annoncé oralement qu'à la différence de l'arrêté fixant la liste des produits soumis à la TCPPL, le texte relatif à la TRM ne sera soumis au congrès uniquement en cas de modifications* ».<sup>97</sup> Enfin, l'Intersyndicale Vie-Chère a estimé que « *le congrès n'a pas de possibilité d'instruction propre mais nous pensons qu'il faut qu'il donne son avis à la suite de la présentation du rapport sur les régulations de marché (L. 413-10) et qu'il vote lui-même la TRM puisqu'il s'agit de fiscalité* »<sup>98</sup>
217. Lors de la séance, les commissaires du gouvernement ont fait valoir que le Conseil d'Etat avait admis, lors de l'examen du projet de loi relatif à la TGC, que les principes directeurs et les différents taux de TGC soient fixés par le congrès alors que la liste des produits soumis à ces différents taux soit fixés par arrêté du gouvernement. Le dispositif proposé qui permet au congrès de fixer une fourchette de taux applicables aux produits protégés par la TRM s'inscrirait dans la même logique. Ils ont ajouté que le vote de la TCPPL en fin d'année se traduit systématiquement par une reconduction des mesures accordées l'année précédente sans donner lieu à un véritable débat. Ils ont enfin souligné que le gouvernement s'engageait au contraire,

<sup>93</sup> Voir la réponse des représentants du MEDEF-NC au questionnaire.

<sup>94</sup> Voir la réponse des représentants du SIDNC au questionnaire.

<sup>95</sup> Voir la réponse des représentants de l'UFC-Que choisir NC au questionnaire.

<sup>96</sup> Voir la réponse des représentants de la CCI-NC au questionnaire.

<sup>97</sup> Voir la réponse du représentant de la CANC au questionnaire.

<sup>98</sup> Voir la réponse des représentants de l'Intersyndicale-Vie Chère au questionnaire.

dans l'avant-projet de loi du pays, à présenter un rapport chaque année au congrès sur l'ensemble des mesures de régulation de marché accordées.

218. L'Autorité reconnaît la pertinence des arguments avancés par les commissaires du gouvernement mais observe que l'article Lp. 413-10 ne prévoit que la transmission au congrès d'un rapport sur le dispositif de régulation de marché sans prévoir un débat obligatoire en séance. Dès lors, si le Conseil d'Etat confirmait que le gouvernement peut, en droit, se voir déléguer cette compétence fiscale dans les termes prévus par l'article Lp. 413-4, **l'Autorité suggère de compléter l'article Lp. 413-10 afin de prévoir l'organisation d'un débat au congrès sur le rapport que le gouvernement lui aura transmis en amont, lequel devrait être publié afin d'accroître la transparence dans ce domaine.**

**Recommandation n° 13 :** Modifier la fin de l'article Lp. 413-10 par les mots « *un rapport public sur le dispositif de régulation de marché qui donne lieu à un débat en séance publique* ».

219. L'avant-projet de loi du pays prévoit à l'article Lp. 413-6 que, par dérogation à l'article Lp. 411-2 du code de commerce en vigueur, le gouvernement puisse « *soumettre à la réglementation des prix des produits protégés par des mesures de régulation pour préserver le pouvoir d'achat des consommateurs quand cela est nécessaire* ».
220. Sur le principe, l'Autorité renvoie à son avis n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 dans lequel, après avoir identifié les effets anticoncurrentiels de la réglementation des prix, elle invitait le gouvernement à « *réduire au maximum le nombre des produits ou services figurant sur la liste [des produits règlementés] en se concentrant sur ceux pour lesquels les conditions d'une concurrence libre et non faussée n'est pas possible aujourd'hui : tel est particulièrement le cas des produits protégés de la concurrence par des mesures de restrictions quantitatives à l'entrée sur le territoire (mesures de stop ou quotas limitatifs d'importation). Afin d'éviter la constitution de rentes de situation, l'encadrement des prix des produits bénéficiant d'une protection de marché peut apparaître justifié, dès le stade de la production, et plus efficace qu'un plafonnement des marges en valeur, difficile à contrôler. Tel pourrait également être le cas de produits de première nécessité importés par un seul grossiste-importateur qui dispose – de fait – d'une puissance de marché très importante.* ».
221. **L'Autorité rappelle également que, même en présence de mesures de régulation de marché quantitatives, la réglementation des prix doit être mise en œuvre avec précaution : ainsi ne serait-elle pas nécessairement pertinente dans l'hypothèse où le marché local protégé est atomisé.**
222. En l'espèce, l'article Lp. 413-6 laisse une très grande latitude au gouvernement quant à la manière de réglementer les prix des produits protégés puisqu'il ne serait plus nécessaire de passer par le congrès<sup>99</sup> et que le gouvernement disposerait de l'ensemble des modalités de

<sup>99</sup> Rappelons en effet que le II de l'article Lp. 411-2 impose qu' « *une délibération du congrès détermine la liste des produits et services ou des familles de produits ou de services susceptibles d'être réglementés selon les modalités visées au premier alinéa, en tenant compte de leur impact sur le budget des ménages, s'agissant en particulier de produits et services de première nécessité ou de grande consommation et/ou de la situation de secteurs ou de zones pour lesquels les conditions de concurrence peuvent justifier une réglementation des prix* ». Cet article a été modifié en 2018 à la suite de l'avis du Conseil d'Etat n° 394.751 qui avait indiqué que : « *Le congrès ne saurait, sans méconnaître la compétence que lui attribue l'article 83 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée pour l'exercice des compétences attribuées à la Nouvelle-Calédonie, dont fait partie la réglementation des prix, déléguer celle-ci sans un encadrement suffisant. Pour pouvoir être admise, la délibération du congrès devrait, en application de l'article 126 de la même loi organique, préciser en particulier les finalités de l'habilitation et sa durée, le fait générateur et les conditions de l'intervention du gouvernement et la nature des mesures susceptibles d'être prises dans ce cadre* ».

fixation des prix prévues au I de l'article Lp. 411-2, à savoir : 1° en valeur absolue ; 2° par application d'un coefficient multiplicateur de marge commerciale ou par une marge commerciale en valeur absolue, au coût de revient licite ou au prix d'achat net ; 3° par application d'un taux directeur de révision annuel ; 4° sous forme d'engagement annuel de stabilité ou de baisse des prix ou de marges approuvé et étendu par le gouvernement ; 5° par application d'un coefficient maximum appliqué à un prix de vente ou une marge antérieurement pratiqués, et dont la date de référence est fixée par arrêté du gouvernement ; 6° dans le cadre du régime de liberté surveillée, les prix sont déposés auprès du service compétent du gouvernement au moins quinze jours avant leur entrée en vigueur ; 7° dans le cadre du régime de la liberté contrôlée, les évolutions de prix sont soumises à l'accord préalable du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

223. L'avant-projet de loi du pays prévoit enfin de simplifier la procédure d'examen des demandes de régulation de marché à travers la suppression de toutes les consultations obligatoires (COMEX et chambres consulaires) en confiant la procédure à l'un de ses services (probablement la Direction des affaires économiques) tant pour l'examen des nouvelles demandes que pour leur éventuelle modification/suspension ou leur renouvellement ainsi que pour le suivi des engagements et leur éventuelle sanction. La seule intervention extérieure serait la consultation obligatoire de l'Autorité lors de l'examen d'une nouvelle demande uniquement, dans un délai extrêmement restreint de 15 jours ouvrés, au-delà duquel « *l'avis serait réputé donné* ». (voir *infra*).

*b) La suppression du COMEX au bénéfice d'une procédure d'instruction confiée aux services de la Nouvelle-Calédonie et d'une décision rendue par le gouvernement dans un délai 70 à 130 jours ouvrés*

224. L'avant-projet de loi du pays entérine la suppression du COMEX<sup>100</sup> et de la consultation obligatoire des chambres consulaires afin de privilégier une procédure d'instruction confiée aux services de la Nouvelle-Calédonie, qui s'avère en pratique la Direction des affaires économiques en s'inspirant très largement de la procédure applicable devant l'Autorité en matière de contrôle des concentrations.
225. S'agissant de la suppression du COMEX, l'Autorité souligne que les représentants de l'IEOM, de la CPME, de la CANC et de la FINC se sont prononcés en sa faveur au motif notamment que « *le COMEX est devenu un lieu de crispations et d'invectives dogmatiques entre acteurs et a perdu son rôle d'un avis éclairé et objectif* »<sup>101</sup>. A l'inverse, les représentants du SIDNC, SCNC, du MEDEF-NC et de la CCI-NC regrettent la suppression du COMEX qui aurait notamment « *pour vertu de favoriser les échanges entre acteurs économiques. Ces échanges ont, dans certains cas, conduit à des consensus et permis d'éviter le recours aux protections de marché* »<sup>102</sup>. Ces organismes auraient donc préféré une évolution de son rôle et/ou de sa composition à l'instar de la proposition de l'Autorité dans sa Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018.
226. L'Autorité prend acte de la volonté du gouvernement de simplifier la procédure en s'inspirant de la procédure applicable en matière de contrôle de concentration comme elle l'avait suggéré, sans toutefois lui confier la compétence en la matière alors que les régulations de marché impactent nécessairement le fonctionnement concurrentiel des marchés et que son rôle est précisément de veiller « *au libre jeu de la concurrence en Nouvelle-Calédonie et au*

---

<sup>100</sup> La composition et les missions du COMEX sont fixées aux articles 3 à 5 de la délibération n° 252 et précisées par un arrêté n° 2007-891.

<sup>101</sup> Voir la réponse des représentants de la CPME au questionnaire.

<sup>102</sup> Voir la réponse des représentants du SCNC au questionnaire.

*fonctionnement concurrentiel des marchés en Nouvelle-Calédonie.* » selon l'article Lp. 461-1 du code de commerce.

227. Il faut à cet égard souligner que de nombreux acteurs ont préconisé de confier la procédure d'instruction des mesures de régulation de marché ainsi que la décision d'octroi à l'Autorité en raison de son indépendance d'une part et de son expertise du fonctionnement concurrentiel des marchés calédoniens d'autre part alors qu'ils n'ont pas été interrogés sur ce point. Tel est notamment le cas du MEDEF, du SIDNC, du SCNC et de l'association EPLP.
228. L'Autorité prend néanmoins acte du choix du gouvernement et observe que dans le cadre de l'examen des demandes de régulation de marché, le service instructeur de la Nouvelle-Calédonie devra nécessairement procéder à un « test de marché » le conduisant à interroger toutes les parties prenantes. Aussi, les chambres consulaires comme l'ensemble des organismes mentionnés précédemment pourraient être questionnés ou auditionnés par le service instructeur. A défaut, dès lors qu'un communiqué sera publié sur le site du gouvernement pour informer les tiers intéressés qu'une demande de régulation de marché a été déposée, il sera toujours possible de demander à être entendu ou de formuler des observations écrites.
229. Dans le cadre de sa Recommandation n° 2018-R-02, l'Autorité proposait néanmoins de maintenir une instance collégiale mieux représentative des acteurs économiques du territoire (à travers une révision de la composition du COMEX), à qui serait adressé le rapport du service instructeur ainsi que la mesure envisagée, suffisamment en amont pour pouvoir rendre un avis à l'issue d'un vote secret, avis qui devrait être rendu public. Elle prend néanmoins acte du fait que le gouvernement n'entend pas y donner suite comme l'ont confirmé en séance les commissaires du gouvernement.
230. S'agissant des modalités de dépôt et d'enregistrement de la demande de régulation de marché par les entreprises bénéficiaires comme sur les modalités d'instruction et les délais accordés à l'administration ou au gouvernement mentionnés aux articles Lp. 413-11 à Lp. 413-13, l'Autorité se félicite du fait que le projet de loi s'inspire de ses recommandations pour encadrer la procédure dans un délai de 70 à 130 jours ouvrés.
231. En revanche, l'Autorité s'inquiète vivement de la volonté du gouvernement d'encadrer très strictement son rôle en matière de régulation de marché en cantonnant son intervention aux seules nouvelles demandes de régulation de marché, sous la forme d'un avis purement formel réputé être rendu au-delà d'un délai de 15 jours ouvrés, qui méconnaît le fonctionnement et le rôle d'une Autorité de concurrence, afin de conforter le pouvoir absolu du gouvernement d'accorder ou non de telles mesures protectionnistes. Cela est d'autant plus surprenant que l'Autorité avait indiqué dans sa Recommandation n° 2018-R-02 qu'il faudrait qu'elle dispose « *d'un délai raisonnable pour rendre son avis, qui ne saurait être inférieur à 40 jours ouvrés* » pour pouvoir mener une instruction indépendante.

*c) La consultation purement formelle de l'ACNC sur les nouvelles demandes uniquement, dans un délai restreint à 15 jours ouvrés, renforce l'étendue du pouvoir du gouvernement en matière de régulation de marché*

232. Le II de l'article Lp. 413-13 précise : « *A l'issue de l'instruction [par les services de la Nouvelle-Calédonie], le dossier de demande de régulation, ainsi que le rapport des services de la Nouvelle-Calédonie mentionnant les mesures de régulation envisagées est transmis pour avis à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. L'Autorité dispose de 15 jours ouvrés pour rendre son avis. Passé ce délai, l'avis est réputé donné.* ».



233. **Sous couvert d'accélérer le délai de traitement des demandes de régulation de marché, le délai de 15 jours ouvrés accordé à l'Autorité pour rendre un avis sur la seule base du dossier de demande initial et d'un rapport des services du gouvernement « mentionnant les mesures de régulation envisagées » n'est pas raisonnable et traduit soit la méconnaissance du fonctionnement d'une autorité de concurrence par le gouvernement soit la volonté de la marginaliser pour éviter le débat.**
234. L'Autorité rappelle en effet qu'en application des articles Lp. 461-1 et suivants du code de commerce, elle est organisée de manière dyarchique. Le collège de l'Autorité ne peut rendre un avis qu'après que le service d'instruction ait mené une enquête de manière indépendante. Le service d'instruction doit pour ce faire nommer un rapporteur, envoyer des questionnaires et/ou procéder à des auditions des tiers intéressés, écrire un rapport d'instruction, lequel est transmis en amont de la séance aux membres du collège et au commissaire du gouvernement pour pouvoir leur laisser le temps d'en prendre connaissance afin d'en débattre au cours de la séance qui réunira le collège, le service d'instruction, le commissaire du gouvernement et d'éventuels témoins. Un délai raisonnable de convocation à la séance doit également être respecté pour s'assurer de la présence d'au moins trois membres du collège (dont deux membres non permanents *a minima*) et du commissaire du gouvernement. Enfin, le collège doit pouvoir disposer d'un temps suffisant pour rédiger son avis qui peut, le cas échéant, s'écarter substantiellement du rapport d'instruction.
235. Comme l'a déjà souligné systématiquement l'Autorité lorsqu'elle a été saisie pour avis en application de l'article Lp. 411-1 du code de commerce, un délai de 30 jours n'est déjà pas raisonnable pour pouvoir suivre cette procédure. Que dire dès lors d'un délai de 15 jours ouvrés ? Sauf à vouloir totalement marginaliser l'Autorité pour l'empêcher de rendre un avis circonstancié censé aider le gouvernement à prendre sa décision en toute connaissance de cause, le délai prévu à l'article Lp. 413-13 devrait être révisé pour lui laisser 40 jours ouvrés.
236. Cela apparaît d'autant plus nécessaire qu'il n'est pas prévu que l'ensemble du dossier d'instruction réalisé par les services du gouvernement lui soit transmis à l'issue du délai de 40 jours ouvrés qui leur est accordé : ainsi, l'Autorité n'aura-t-elle pas accès immédiatement aux questionnaires envoyés, aux réponses reçus, aux procès-verbaux d'audition réalisés, aux documents transmis par l'entreprise à l'origine de la demande ou par les tiers au cours de l'instruction, aux comptes-rendus de réunion portant sur la négociation des engagements (à supposer qu'ils en soient réalisés)... De la même manière, la rédaction retenue ne prévoit pas de transmettre à l'Autorité le rapport réalisé par les services de la Nouvelle-Calédonie à l'attention du gouvernement (ou le projet de décision adressé au gouvernement) mais seulement un rapport « mentionnant les mesures de régulation envisagées » : autant dire que cela correspond aujourd'hui au projet d'arrêté correspondant à la modification du programme annuel d'importation ou de la liste des produits soumis à TCPPL. Il en résulte que le service d'instruction devra demander (et attendre) la transmission de l'ensemble de ces éléments aux services de la Nouvelle-Calédonie et recontacter l'entreprise à l'origine de la demande et les tiers intéressés pour obtenir toute précision utile et notamment évaluer la pertinence des engagements proposés. Il est bien évident que tout cela ne peut être envisagé en quelques jours seulement.
237. L'Autorité souligne que son expertise est attendue par l'ensemble des entreprises, y compris les représentants des industries locales. Ainsi le président de la FINC précise-t-il que : « *le service instructeur et l'avis de l'ACNC seront de nature à préciser le niveau des engagements attendus au regard des capacités de l'entreprise et de son projet, de la concurrence et de l'atteinte au bien-être des consommateurs.* »<sup>103</sup> tandis que les représentants de la CPME indiquent que : « *le*

---

<sup>103</sup> Voir la réponse du président de la FINC au questionnaire.

*service instructeur et l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie devront pouvoir cadrer précisément le niveau des engagements attendus au regard des capacités de l'entreprise et de son projet, de la concurrence et de l'atteinte à l'intérêt des consommateurs, la notion de bien-être étant très subjective.* »<sup>104</sup>.

238. Dès lors, l'Autorité ne peut qu'insister auprès du gouvernement pour qu'il modifie le II de l'article Lp. 413-13 afin de lui laisser un délai de 40 jours ouvrés pour rendre son avis. Pour ce faire, soit le gouvernement saisit l'Autorité en parallèle de ses services afin de ne pas allonger la procédure, soit il accepte de rallonger de 25 jours ouvrés les délais d'ores et déjà prévus, qui resteront tout à fait raisonnables par rapport à la situation actuelle où les entreprises attendent deux à trois ans avant d'obtenir une réponse. A cet égard, les représentants de l'intersyndicale vie-chère considèrent « *qu'il faudrait saisir en parallèle la DAE et l'ACNC pour laisser à chacun le temps de mener son instruction pour avoir deux éclairages différents ou de laisser à l'ACNC un délai de 40 jours ouvrés maximum pour rendre son avis au GNC. Au total, cela permettrait d'avoir une décision en moins de 100 jours ouvrés, ce qui nous semble raisonnable pour une mesure de régulation qui peut durer 10 ans. Le comité de l'observatoire des prix et des marges pourrait être consulté en parallèle de l'ACNC à partir du dossier transmis par la DAE* »<sup>105</sup>.

<b>Recommandation n° 14 :</b> Modifier le II de l'article Lp. 413-13 afin de laisser un délai de 40 jours ouvrés à l'ACNC pour rendre son avis.
---

**3. Sur les mesures transitoires : un délai de trois ans nécessaire pour permettre aux services de la Nouvelle-Calédonie de traiter les demandes de renouvellement des mesures de protection de marché selon une procédure simplifiée**

239. L'article 7 de l'avant-projet de Loi du pays introduit des mesures transitoires qui concernent les « *demandes de régulation de marché adressées* » et « *les mesures de régulation de marché adoptées avant l'entrée en vigueur de la présente loi* ».
240. S'agissant des demandes de régulation de marché adressées avant l'entrée en vigueur de la loi du pays, l'article 7 précise « *qu'elles sont instruites selon ses dispositions, sauf si les différentes consultations ont été menées à leur terme* ». Concrètement, cela signifie que les cinq demandes de protection de marché sur lesquelles l'Autorité s'est prononcée dans son avis n° 2018-A-09 du 9 novembre 2018, si elles n'étaient pas accordées avant l'entrée en vigueur de la présente loi, ne seraient de toute façon pas soumises aux dispositions de la présente loi, et en particulier à l'obligation de présenter des engagements selon les dispositions prévues à l'article Lp. 413-5.
241. De plus, il est prévu que les mesures de régulation de marché accordées avant l'entrée en vigueur de la présente loi soient reconduites pendant 36 mois. Pendant ce délai, les entreprises bénéficiaires sont censées adresser aux services de la Nouvelle-Calédonie un dossier simplifié de demande de renouvellement et formuler des engagements. Chaque demande de renouvellement sera instruite par les services de la Nouvelle-Calédonie dans un délai de 40 jours, étant précisé que « *l'avis de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n'est pas requis* ». Cette procédure simplifiée n'est toutefois applicable que si « *le renouvellement de la mesure de régulation de marché n'a ni pour objet ni pour effet de la renforcer. Dans le*

<sup>104</sup> Voir la réponse des représentants de la CPME au questionnaire.

<sup>105</sup> Voir la réponse des représentants de l'Intersyndicale-Vie chère au questionnaire.

*cas contraire, la procédure prévue aux articles Lp. 413-11 à Lp. 413-13 du code de commerce s'applique ».*

242. Plusieurs organismes ont fait valoir que ce délai de trois ans serait trop long et qu'il faudrait que l'Autorité soit obligatoirement saisie.
243. L'Autorité observe toutefois que selon les chiffres de l'industrie transmis par la FINC le 3 décembre 2018, environ 750 entreprises bénéficient de mesures de protection qui couvrent 476 mesures de protection quantitatives sur 418 positions tarifaires. Dès lors, les services de la Nouvelle-Calédonie devraient avoir à traiter plus de 250 dossiers par an pour respecter le délai de 36 mois. La question se pose donc de savoir s'il ne faudrait pas se concentrer sur l'examen des dossiers de renouvellement des mesures quantitatives qui perturbent le plus le jeu de la concurrence et restreignent le choix des consommateurs, ce qui conduirait néanmoins à traiter près de 100 à 150 dossiers par an.
244. L'Autorité en conclut que le fait de ne pas lui soumettre obligatoirement pour avis plus de 100 demandes de renouvellement de mesures de régulation de marché quantitative par an, durant les trois prochaines années, répond à un principe de réalité, dans la mesure où, à moyen constant, elle serait incapable de traiter ces demandes d'avis tout en exerçant ses autres missions. Dès lors que le gouvernement a toujours la possibilité de saisir l'Autorité pour avis de manière facultative et que cette dernière peut de toute façon s'autosaisir de toute question de concurrence, cette exception paraît donc opportune.
245. Pour assurer l'efficacité du dispositif, l'Autorité recommande néanmoins au gouvernement de cibler, en priorité, l'examen des demandes de renouvellement des mesures de suspension, avant de traiter les demandes de renouvellement de mesures de contingentement puis les demandes de régulation tarifaires compte tenu de leurs effets plus ou moins importants sur le fonctionnement concurrentiel des marchés.

**Recommandation n° 15 :** cibler, en priorité, l'examen des demandes de renouvellement des mesures de suspension, avant de traiter les demandes de renouvellement de mesures de contingentement puis les demandes de régulation tarifaires compte tenu de leurs effets plus ou moins importants sur le fonctionnement concurrentiel des marchés.

\*\*\*

Délibéré sur le rapport oral de Mme Virginie Cramesnil de Laleu, rapporteure générale, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente et MM. Jean-Michel Stoltz, vice-président et MM. Robin Simpson et Matthieu Buchberger, membres.

La secrétaire de séance,

La Présidente,



Marie-Christine Marzin

Aurélie Zoude-Le Berre