



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2020-PAC-01 du 25 mai 2020

relative à des pratiques dans le secteur de l'importation et de la commercialisation de viande ovine en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la saisine du 6 juillet 2018, enregistrée sous le numéro n°18/0004PAC, par laquelle la SA société Etablissements Bargibant (ci-après « la société Les Ets Bargibant ») a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité »), sur le fondement des articles Lp. 421-1 et suivants du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce ») de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur de l'importation et de la commercialisation de viande ovine en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son titre II « *Des pratiques anticoncurrentielles et des situations soulevant des préoccupations de concurrence* » et ses articles Lp. 421-1 et suivants ;

Vu les mémoires complémentaires de la société Les Ets Bargibant, enregistrés les 30 juillet et 7 novembre 2018 ;

Vu les procès-verbaux d'audition des sociétés Ets Bargibant, Boucherie D'Auteuil et Le Fin Gourmet SARL (ci-après la société « Le Fin Gourmet ») établis respectivement les 20 juillet, 21 et 22 août 2018 ;

Vu le procès-verbal d'audition de l'OCEF du 23 mai 2019 ;

Vu les observations complémentaires présentées par l'OCEF dans deux courriels distincts enregistrés respectivement les 7 et 20 juin 2019 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, la rapporteure et les représentants de la société Les Ets Bargibant entendus lors de la séance du 23 avril 2020, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Aux termes de la présente décision, après avoir analysé en détail la réglementation et l'organisation du secteur de la viande en Nouvelle-Calédonie, et plus précisément les conditions d'importation et de commercialisation de la viande ovine locale et importée, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie déclare irrecevable la saisine de la société Etablissements Bargibant à l'encontre de l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (ci-après « l'OCEF »), estimant que les faits invoqués n'entrent pas dans son champ de compétence.

En l'espèce, les pratiques d'abus de position dominante alléguées à l'encontre de l'OCEF sur le marché amont de l'approvisionnement de la viande ovine du fait de son monopole d'importation de viande au titre de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 *relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie*, confortée par la loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 *portant validation des actes pris en application des articles 1^{er} et 2* [de cette délibération] et par la décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012, relèvent de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou portent sur l'organisation même du service public dont la légalité ne peut être contestée que devant le juge administratif.

De même, les pratiques d'abus de position dominante alléguées à l'encontre de l'OCEF en raison des conditions de commercialisation de la viande ovine en Nouvelle-Calédonie (revente à perte, prix abusivement bas ou prix excessifs sur les marchés aval) entrent également dans le champ de l'exercice de prérogatives de puissance publique dans la mesure où la marge réglementaire de l'OCEF ainsi que les tarifs de commercialisation des viandes locales et importées sont fixés par arrêtés du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie conformément à la compétence qui lui est dévolue par le 7° de l'article 127 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle Calédonie.

S'inscrivant dans le cadre de la jurisprudence constante du Tribunal des conflits, l'Autorité s'est déclarée incompétente pour connaître de ces pratiques, mises en œuvre par une personne exerçant la mission de service public qui lui incombe au moyen de prérogatives de puissance publique.

L'Autorité rappelle en outre que lorsqu'elle est saisie dans le cadre d'une procédure contentieuse sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par un opérateur, elle n'a pas vocation à se prononcer sur l'opportunité ou non de modifier la réglementation en vigueur au motif qu'elle conduirait à restreindre la liberté d'entreprendre et la libre concurrence en poursuivant un autre motif d'intérêt général, comme en l'espèce, « *l'écoulement prioritaire de la production locale tout en satisfaisant les besoins, tant au point de vue qualitatif que quantitatif dans des conditions optimales d'hygiène publique* » aux termes des statuts de l'OCEF. Une telle démarche ne peut en effet être mise en œuvre que dans le cadre d'une procédure d'avis.

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.)

Sommaire

| | |
|--|-----------|
| RESUME..... | 2 |
| I. Constatations..... | 4 |
| A. La saisine de la société Ets Bargibant | 4 |
| B. Les parties concernées..... | 5 |
| 1. Le plaignant : la société Les Ets Bargibant..... | 5 |
| 2. L'entreprise mise en cause : L'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF)..... | 6 |
| C. Le secteur concerné : l'importation et la commercialisation de la viande et plus précisément celles de la viande ovine | 8 |
| 1. La réglementation du secteur en Nouvelle-Calédonie..... | 8 |
| a) Le monopole légal de l'OCEF pour l'importation et la commercialisation de la viande | 8 |
| b) Les tarifs réglementés des viandes commercialisées par l'OCEF | 12 |
| 2. L'organisation du secteur de la viande ovine en Nouvelle-Calédonie..... | 15 |
| a) Les volumes de viande ovine produits localement et importés..... | 15 |
| b) L'organisation générale de la filière et celle spécifique de la filière ovine | 17 |
| c) Les différents acheteurs et la vente au détail de la viande en Nouvelle-Calédonie | 18 |
| 3. Le positionnement des parties sur les marchés pertinents définis par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence..... | 19 |
| D. Les pratiques dénoncées..... | 21 |
| II. Discussion | 24 |
| A. Sur le respect de la procédure..... | 24 |
| B. Sur la compétence de l'Autorité..... | 26 |

I. Constatations

A. La saisine de la société Ets Bargibant

1. Dans sa saisine initiale, la société Ets Bargibant dénonce des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'importation et de la commercialisation de viande ovine en Nouvelle-Calédonie¹ par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et par l'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (ci-après « l'OCEF ») et fait valoir d'une manière générale que : « *Le monopole de l'OCEF en ce qui concerne le secteur de la viande ovine, qui élimine la concurrence dans ce secteur constitue une violation des dispositions des articles Lp. 421-1 et suivants du code de commerce* ».
2. Lors de son audition du 20 juillet 2018 comme dans ses mémoires des 30 juillet et 7 novembre 2018, la société plaignante a toutefois révisé sa saisine pour ne viser que des pratiques d'abus de position dominante de la part de l'OCEF relevant de l'article Lp. 421-2 du code de commerce². La société Les Ets Bargibant soutient notamment que : « *L'abus de position dominante est constitué par le fait d'interdire à tous les autres opérateurs d'acheter et de vendre de la viande* »³.
3. A l'appui de sa plainte, outre les extraits Kbis des parties et de nombreux articles de presse datant de 2010 à 2012⁴, le plaignant a essentiellement produit la réglementation ainsi que les nombreuses décisions des juridictions administratives relatives au monopole de l'OCEF et ses conséquences sur la période 2007 à 2015⁵ au sujet desquelles il a précisé lors de son audition : « *Le contexte local de la Nouvelle-Calédonie a joué un rôle dans la procédure devant la*

¹ Voir la plainte du 6 juillet 2018 (annexe 1).

² Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Ets Bargibant du 20 juillet 2018 (annexe 9, page 11) et les mémoires complémentaires du 30 juillet 2018 (annexe 05-B) et 7 novembre 2018 (annexe 8 A).

³ Ibid.

⁴ Extraits Kbis des parties intéressées et divers extraits et coupures de presse prélevées notamment dans le quotidien « *Les Nouvelles Calédoniennes* » (annexe 01-W).

⁵ La délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 *relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie* (Le dispositif de régulation des marchés a été validé par la Loi du pays n° 2019-5 du 6 février 2019) ; Le jugement du TA de Nouméa n°06890717 du 9 août 2007 opposant la société de distribution de charcuterie de Nouvelle-Calédonie et le gouvernement de Nouvelle-Calédonie ; L'arrêt n° 07PA04864 de la CAA de Paris faisant suite à la procédure de recours du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur le jugement du TA ; Le jugement n° 09201 du 23 septembre 2009 du TA de Nouméa opposant la société Ets Bargibant et le gouvernement de Nouvelle-Calédonie pour excès de pouvoir à la suite des décisions de rejet sur des demandes de licences d'importation d'agneau congelé ; Le jugement n° 09386 du 29 mars 2010 du TA de Nouméa opposant la société Ets Bargibant et le gouvernement de Nouvelle-Calédonie sur les demandes de licences d'importation d'agneau congelé (décision du 24 novembre 2009 par laquelle le directeur des douanes et des droits indirects de Nouvelle-Calédonie a rejeté la demande de la société, déposée le 6 octobre 2009, de trois licences d'importation de viande d'agneau) ; Le jugement n°09286, 09385 du 29 mars 2010 du TA de Nouméa opposant la société Ets Bargibant et le gouvernement de Nouvelle-Calédonie sur des demandes d'indemnisation concernant les périodes du 23 février au 22 juin 2009 (n° 09286) et du 22 juin au 6 octobre 2009 (n° 09385) ; L'arrêt n° 10PA03821 de la CAA de Paris suite à la procédure de recours du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur le jugement du TA ; La délibération n° 64 du 2 juin 2010 relative à diverses modifications du tarif et du code des douanes de Nouvelle-Calédonie instaurant une TSPA de 27% sur les importations de viandes d'agneau congelées classées sous les codes douaniers 0204.30.00, 0204.41.00, 0204.42.00 et 0204.43.00 ; Le jugement n°10206 du 16 décembre 2010 du TA de Nouméa opposant la société Ets Bargibant et le gouvernement de Nouvelle-Calédonie pour détournement de pouvoir ; La Loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1er et 2 de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie ; Le jugement n° 11313 du 31 janvier 2012 du TA de Nouméa concluant au renvoi devant le Conseil d'Etat de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur la Loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 à la suite d'une requête des Ets Bargibant ; La décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 du Conseil Constitutionnel concluant aux termes de son article 1er à la conformité de la Loi du pays précitée qui dispose que : « *Sous la réserve énoncée au considérant 9, l'article unique de la loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1er et 2 de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie est conforme à la Constitution* » (annexes 01-C à N).

juridiction administrative »⁶.

4. Par ailleurs, le plaignant a complété sa plainte par la production de deux mémoires complémentaires accompagnés de pièces les 30 juillet et 7 novembre 2018. Dans ce cadre, il a étendu sa saisine à l'encontre de l'OCEF dans les termes suivants : « *La société Les Ets Bargibant entend faire valoir que ces pratiques consistent en des offres de prix abusivement bas⁷ et en des abus de position dominante* ». Elle vise : « *L'offre de prix abusivement bas par la vente à perte* » et « *l'abus de position dominante par l'affranchissement de toute compétitivité* » conduisant à commercialiser la viande ovine à des « *prix excessifs* »⁸.

B. Les parties concernées

1. Le plaignant : la société Les Ets Bargibant

5. Constituée en 1982 à Nouméa⁹, la société anonyme Les Ets Bargibant a pour activité « *l'importation, la représentation et la vente en gros, demi-gros de denrées et produits surgelés et congelés* »¹⁰.
6. Créée par Monsieur Michel Bargibant, l'entreprise familiale a été rachetée par Monsieur Frédéric Drouet il y a environ 25 ans. Celui-ci a précisé, lors de son audition, en être l'actionnaire majoritaire en collaboration avec son épouse, le reste étant « *dispatché entre plusieurs petits porteurs physiques* ». Il a indiqué ne détenir « *aucune part dans d'autres entreprises* »¹¹.
7. La société emploie actuellement 28 salariés « *à temps complet et [travaille avec] 15/20 sous-traitants en charge de la préparation des commandes* ».
8. En sa qualité de grossiste, la société Les Ets Bargibant commercialise des biens de consommation alimentaires qu'elle distribue auprès d'une clientèle composée principalement de professionnels (grandes surfaces alimentaires, commerces de détail, boucheries, traiteurs, collectivités), et plus marginalement auprès de particuliers par le biais d'un point de vente de détail jouxtant les locaux administratifs situés à Ducos. Ce point de vente de détail représente 5 à 6 % de son chiffre d'affaires¹².
9. Ayant eu à ses débuts une activité de vente de produits alimentaires surgelés sous les marques « *Bargigel* » puis « *Bargiviandes* » pour ce qui concerne les viandes, volailles et produits carnés, la société s'est peu à peu diversifiée en créant une activité de vente en gros sous la marque « *Bargifrais* » dédiée à l'ultra-frais (yaourts, fromages). En complément de ces gammes de produits en froid négatif et positif¹³, les Ets Bargibant ont également développé

⁶ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Ets Bargibant (annexe 9).

⁷ Pratique susceptible d'être sanctionnée en application de l'article Lp. 421-5 du code de commerce en vigueur au moment de la saisine de la société Ets Bargibant.

⁸ Voir le mémoire n°1 du 30 juillet 2018 (annexe 5).

⁹ Elle est immatriculée au R.C.S de Nouméa sous le numéro de Rid 086 009.

¹⁰ Voir la rubrique relative aux activités exercées par la société Ets Bargibant renseignées dans l'extrait Kbis produit (annexe 01-A).

¹¹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de la société Ets Bargibant (annexe n° 9).

¹² Voir l'annexe 9.

¹³ Le froid positif est un froid dont la température est supérieure à 0 °C. La température de référence est généralement de +3 °C, mais elle peut varier suivant les aliments à conserver. La conservation des aliments au froid positif permet de ralentir l'évolution microbienne. On parle de réfrigération lorsque le froid de la machine est réglé entre 0 °C et 8 °C. Le froid négatif est inférieur à 0 °C. La température de référence est généralement de -18 °C mais elle peut varier selon le type d'aliment à conserver. L'exposition des aliments à un froid négatif entraîne la solidification de l'eau contenue dans les aliments et crée des cristaux de glace. Cette transformation n'altère pas la qualité des cellules des aliments. Le froid négatif permet donc de congeler les aliments et de les conserver bien plus longtemps qu'avec un froid positif.

un département « *Delicatessen* » consacré aux articles d'épicerie fine¹⁴.

10. Aux termes de sa plainte, l'entreprise saisissante a précisé : « *La société Les Ets Bargibant exerce principalement une activité d'importation, de représentation et de vente de denrées et produits congelés ou surgelés, ainsi que de produits frais* »¹⁵. Parmi ces différentes activités, la société Les Ets Bargibant exerce une activité de négoce de produits carnés¹⁶.

Typologie des produits carnés référencés par les Ets Bargibant au 21.08.2019

| | PORC | BŒUF / VEAU | AGNEAU |
|-------------------------------|--|---|--|
| Typologie des produits | Saucisses, saucissons Andouilles, boudins Terrines et pâtés Lardons, boulettes Jambon, rôti Côtes, sauté, rouelle | Emincé, faux-filet, onglet, entrecôte Steaks hachés natures, aux oignons, à la tomate Boulettes, paupiettes | Gigots, côtelettes, épaules, collier, jarrets assaisonnés Steak hachés « Kefta » et hamburgers |
| Marques associées | COOPERL/KIRN/THIOL/ SEIGNEURIE/BARGIVIANDES | CASINO/LEADER PRICE CHARAL/BATON ROUGE/ ANGEL BAY | ANGEL BAY |
| Canaux de distribution | GMS/RHF | GMS/RHF | GMS/RHF |

Source : ACNC à partir des références actives produits carnés commercialisées par Les Ets Bargibant

11. Le chiffre d'affaires des Ets Bargibant s'est élevé à 3,4 Md F.CFP au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2017¹⁷ étant précisé, selon son représentant, que : « *Actuellement, notre activité sur toutes les familles carnées représente 210 millions de CA annuel et ne couvre que des produits soit cuits, soit légèrement préparés, soit totalement préparés (...)* »¹⁸.

2. L'entreprise mise en cause : L'Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF)¹⁹

12. Créé en 1963, l'OCEF est un établissement public industriel et commercial sous la tutelle du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Son conseil d'administration est composé de neuf administrateurs avec voix délibérative²⁰ et onze représentants intéressés avec voix

¹⁴ Sur ses références, la société Ets Bargibant a produit à la suite de son audition un guide de produits Davigel de 282 pages (annexe 9-A) puis précisément interrogé sur les références commercialisés par la société Ets Bargibant par rapport à ce document, il a été indiqué par son représentant « *ce catalogue a été produit uniquement afin de démontrer la part considérable de la viande surgelée à l'échelle de la France dans une entreprise de négoce de surgelés telle Davigel comme Bargibant à l'échelle de la Nelle Calédonie* » (voir le mail du 21 août 2019 – annexe 23).

¹⁵ La catégorie « grand froid » regroupent les produits qui doivent être conservés sous température dirigée négative, tels que les produits congelés, des produits surgelés et des crèmes glacées. Les produits « grand froid » se distinguent des produits « frais » en raison d'une température de conservation beaucoup plus basse (inférieure ou égale à -12°C pour les produits congelés et à -18°C pour les produits surgelés) et de durées de conservation plus longues qui nécessitent des techniques et un savoir-faire spécifique. La catégorie « frais » regroupe les produits qui doivent être conservés sous température dirigée positive (voir décision n°17-DCC-32).

¹⁶ Cette activité concerne principalement des produits issus de la 4^{ème} transformation, c'est-à-dire des produits élaborés à base de viande de porc, bœuf, veau et agneau pour les marchés qui intéressent le service d'instruction dans le présent dossier mais également des produits à base de viande de volaille et lapin (étant précisé que ces derniers sont exclues du monopole de l'OCEF).

¹⁷ Un chiffre relativement stable par rapport aux années antérieures (3,3 MdF CFP en 2016 et 3,5 MdF CFP en 2015).

¹⁸ Etant précisé pour ce qui s'agit de produits préparés qu'ils sont « *plus compliqués à fabriquer, plus chers, plus taxés et moins demandés par le consommateur qui recherche surtout du cru* » (Voir le courriel des Ets Bargibant du 22 août 2019 – annexe 25).

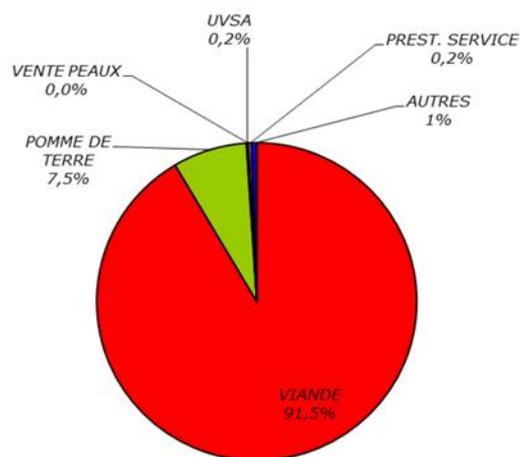
¹⁹ La plaignante ayant renoncé à mettre en cause le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, seul l'OCEF fait l'objet d'une présentation.

²⁰ Quatre représentants de la province Sud, trois représentants de la province Nord, un représentant de la province des Iles Loyauté et un représentant de la Nouvelle-Calédonie.

consultative²¹. Son siège social est situé 3, route Baie des Dames en zone industrielle de Ducos.

13. L'OCEF emploie près de 120 personnes réparties sur les différents sites opérationnels et administratifs²².
14. Initialement créé « dans le but d'améliorer la commercialisation des denrées périssables et de gérer l'Entrepôt Frigorifique de Nouméa » comprenant notamment : « Une section commercialisation de la viande ayant pour objet la transformation et la commercialisation des viandes dans le cadre des règlements en vigueur ainsi que toutes opérations s'y rattachant »²³, les missions de régulation de l'OCEF ont été étendues à la régulation du marché de la pomme de terre, en 1976, puis à l'ensemble des marchés agricoles en 1986²⁴.
15. Son statut actuel est régi par la délibération du congrès n° 25 du 17 septembre 1999, telle que modifiée par la délibération n° 20 du 6 octobre 2004.
16. Aux termes de l'article 1^{er} de la délibération n° 25, l'OCEF « assure la connaissance, la transparence et la régulation des marchés agricoles et contribue à l'établissement d'un revenu équitable aux producteurs. A cet effet, il a vocation à entreprendre la collecte, le conditionnement, le transport, le stockage, la commercialisation, l'importation et l'exportation des produits agricoles. Il a également vocation à des opérations de transformation ».
17. Le chiffre d'affaires de l'OCEF s'établit à 5,9 milliards de francs CFP en 2018²⁵ et la répartition de ce chiffre d'affaires est très largement consacrée à la filière viande (91,5%)²⁶ comme en témoigne le graphique ci-après :

Répartition du chiffre d'affaires 2018 de l'OCEF²⁷



Source : Rapport d'activité OCEF 2018

²¹ Trois représentants des producteurs agricoles (un par province), trois représentants des socio-professionnels usagers de l'OCEF (un boucher, un éleveur, un producteur de pommes de terre), les présidents des chambres consulaires (CANC, CCI et CMA), et deux membres du comité d'entreprises.

²² Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

²³ Voir l'article 1^{er} de la délibération n° 46 du 31 janvier 1963 portant création d'un Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (rendue exécutoire par l'arrêté n° 312 du 18 mars 1963) et son article 3.

²⁴ Arrêté du Haut-commissaire de la République n° 86-16/CE du 8 janvier 1986.

²⁵ Ce chiffre d'affaires est stable sur les cinq dernières années : 5.708.736.210 F.CFP en 2014 ; 5.895.282.502 F.CFP en 2015 ; 5.851.401.804 F.CFP en 2016 et 5.861.058.701 F.CFP en 2017. Voir Rapport d'activité OCEF 2018 (annexe 17-A-5).

²⁶ UVSA = unité de valorisation des sous-produits d'abattage.

²⁷ UVSA = unité de valorisation des sous-produits d'abattage.

18. Sur l'année 2018, l'OCEF a commercialisé 7,2 tonnes de viande²⁸. D'après le rapport d'activité de l'OCEF, les volumes de viande ovine commercialisés s'élèvent à 426,125 tonnes, soit 6 %, pour un montant en valeur de 436,5 millions de francs CFP. D'après le rapport d'activité 2018 ces chiffres reposent exclusivement sur les importations de viandes ovines, l'OCEF n'assurant pas la commercialisation de la viande ovine calédonienne auprès des boucheries²⁹.

C. Le secteur concerné : l'importation et la commercialisation de la viande et plus précisément celles de la viande ovine

19. Les pratiques dénoncées concernent l'importation et la commercialisation de la viande et plus précisément celles de la viande ovine en Nouvelle-Calédonie³⁰.
20. Afin d'appréhender la recevabilité de la saisine de la société Ets Bargibant, il convient de présenter la réglementation applicable en Nouvelle-Calédonie qui confère à l'OCEF un monopole légal pour l'importation et la commercialisation de la viande, y compris de la viande ovine (1), puis d'examiner l'organisation de la filière viande sur le territoire (2) et le positionnement des parties sur les différents marchés pertinents définis par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence (3).

1. La réglementation du secteur en Nouvelle-Calédonie

21. En vertu du cadre législatif et réglementaire spécifique de la Nouvelle-Calédonie, l'OCEF est en situation de monopole légal pour l'importation et la commercialisation de la viande (a). De plus, les tarifs d'achat de viande locale et de commercialisation de la viande locale et importée sont règlementés, hors tarifs de vente au détail (b).

a) Le monopole légal de l'OCEF pour l'importation et la commercialisation de la viande

22. Aux termes de la délibération n° 25 du 17 septembre 1999 qui constitue ses statuts, il est attribué à l'OCEF une mission générale avec un périmètre d'intervention, tant logistique que géographique, étendu. Ses missions sont prévues par l'article 2 de cette délibération n° 25 qui lui impose :

– *« de participer activement au développement économique du secteur rural au plan de l'organisation des circuits de commercialisation des produits agricoles et d'assurer la régulation des marchés agricoles pour contribuer à l'établissement d'un revenu équitable aux producteurs,*

– *de garantir prioritairement, sur le marché local de consommation, le débouché commercial des produits locaux,*

– *d'assurer l'approvisionnement satisfaisant, sous tous ses aspects, des populations,*

– *de participer à la promotion et au développement, par tous moyens, de l'exportation des produits agricoles,*

²⁸ Exactement 7.187.877 kg pour une valeur de 5.403.147.416 F.CFP (hors remises).

²⁹ Néanmoins, l'OCEF opère une partie des abattages d'ovins locaux sous la forme d'une prestation de service dont les modalités sont exposées *infra*.

³⁰ Voir la plainte page 2 et le procès-verbal d'audition du représentant de la société Ets Bargibant (annexe 9).

– d'assurer l'importation des produits agricoles lorsque sa maîtrise par l'OCEF concourt nécessairement à la garantie d'écoulement des produits locaux concurrencés,

– d'intervenir dans le cadre du dispositif réglementaire de régulation des produits agricoles, dispositif sur lequel il est consulté tant en ce qui concerne les produits eux-mêmes que leurs différents niveaux de prix » (soulignements ajoutés).

23. L'article 3 de la délibération n° 25 prévoit par ailleurs que l'OCEF « a pour objet toutes opérations industrielles, commerciales, financières, mobilières et immobilières se rattachant directement ou indirectement, ou tout autre objet similaire ou connexe, à l'activité des marchés agricoles, y compris les opérations de transformation » (Soulignements ajoutés).
24. La délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie précise également à l'article 1^{er} que : « L'importation en Nouvelle-Calédonie, à des fins commerciales, des viandes et abats des animaux des espèces bovines, porcines, ovines, caprines, chevalines ou de cervidés, fraîches, réfrigérées ou congelées, mentionnées dans le tarifs des douanes en vigueur, est autorisée conformément au programme annuel des importations et aux dispositions de la présente délibération ». L'article 2 précise que « Dans le cadre de sa mission de service public de régulation du marché de la viande en Nouvelle-Calédonie, en vue notamment de garantir l'écoulement prioritaire des viandes et aux morceaux produits locales et d'assurer l'approvisionnement satisfaisant des populations en viandes, l'office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (O.C.E.F.) est seul habilité à importer les produits mentionnés à l'article 1^{er} » (soulignement ajouté).
25. Ce monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie a donné lieu à de nombreux contentieux devant les juridictions administratives jusqu'à ce qu'une loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1^{er} et 2 de la délibération susmentionnée soit adoptée et validée, sous une réserve, par une décision du Conseil constitutionnel n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012.
26. Ainsi, dans un jugement du 9 août 2007, le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie avait censuré un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant mesures de restrictions quantitatives à l'importation de viande ovine pris sur le fondement de la délibération susmentionnée considérant qu'elle portait « *une atteinte excessive au principe de la liberté du commerce et de l'industrie* »³¹.
27. La Cour administrative d'appel de Paris a confirmé ce jugement le 1^{er} février 2010 considérant d'une part que « *le monopole d'importation conféré à l'OCEF par la délibération litigieuse susmentionnée du 26 mai 2003 ne saurait être regardé comme le complément normal du service public assuré par l'établissement mais comme une modification substantielles de ses prérogatives* » ; d'autre part, que « *le gouvernement de la collectivité ne saurait établir que le monopole en cause ne porterait pas une atteinte excessive au principe susmentionné en se bornant à soutenir qu'il ne conduirait qu'à un renchérissement très limité des prix alors même qu'il reconnaît qu'une part importante de la production locale n'est pas compétitive à cet égard* » ; et enfin que « *la nécessité de protection de la production locale invoquée par le gouvernement de la collectivité ne constitue pas davantage, en l'absence de circonstances exceptionnelles, un motif d'intérêt général suffisant à justifier l'ampleur de l'atteinte ainsi portée au principe ci-dessus énoncé (...) alors même qu'il ressort des propres écritures de la collectivité que la production locale représente actuellement plus de 80 % de la*

³¹ Voir le jugement du TA de la Nouvelle-Calédonie n°06890717 du 9 août 2007 opposant la société de distribution de charcuterie de Nouvelle-Calédonie et le gouvernement de Nouvelle-Calédonie

consommation »³².

28. A la suite de cet arrêt, la société Ets Bargibant a introduit et gagné plusieurs recours en indemnisation à l'encontre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour avoir refusé de lui accorder des licences d'importations de viandes ovines sur la base de cette délibération³³.
29. La loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 *portant validation des actes pris par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en application des articles 1^{er} et 2 de la délibération n° 116/CP* précitée a donc été adoptée pour conforter le monopole réglementaire de l'OCEF au niveau législatif.
30. Dans son avis du 12 juillet 2011 sur ce projet de loi du pays, le Conseil d'Etat a pris le contrepied de l'analyse retenue par les juridictions administratives de première instance et d'appel en considérant notamment que : « Si les articles 1^{er} et 2 de la délibération (du 26 mai 2003) dont la validation est envisagée portent atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui doit être regardé comme un principe à valeur constitutionnelle, le but d'intérêt général poursuivi par le projet de loi du pays de validation s'inscrit en conformité avec les orientations de l'Accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 auxquelles le titre XIII de la Constitution confère valeur constitutionnelle (...) En effet, la validation envisagée répond aux quatre objectifs de protection de l'emploi local, de rééquilibrage, de développement des terres coutumières et de contrôle des outils de développement qui sont énoncés dans l'Accord de Nouméa » (soulignement ajouté).
31. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'initiative de la société Ets Bargibant sur la conformité de cette loi du pays à la Constitution, le Conseil constitutionnel a confirmé l'analyse du Conseil d'Etat en considérant que : « l'OCEF est un établissement public industriel et commercial chargé d'une « mission de service public de régulation du marché de viandes en Nouvelle-Calédonie » ; que sa création en 1963 a visé à protéger la production locale de viande et à assurer le bon approvisionnement de la population du territoire ; que, dans le cadre de cette mission, la délibération du 26 mai 2003 susmentionnée a également confié à l'OCEF le monopole d'importation des viandes ; qu'eu égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'OCEF en complément de sa mission de service public par la délibération du 26 mai 2003 ne revêt pas un caractère disproportionné ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre doit être écarté (...) » (soulignement ajouté)³⁴. En revanche, le Conseil constitutionnel a émis une réserve considérant que la loi de validation ne saurait être applicable qu'aux instances postérieures à la date d'entrée en vigueur de la loi du pays (et non aux instances en cours).
32. Au-delà du monopole légal d'importation de viandes, l'OCEF dispose également « d'une compétence totale de commercialisation » (soulignement ajouté) de tout type de viande sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie en application de l'article 18 de la délibération n° 25.
33. Interrogé sur le sens de ces termes, le représentant de l'OCEF a déclaré, lors de son audition : « *Ce terme est défini dans l'organisation de la section viande à l'article 44 alinéa 3. A mon sens cela recouvre la vente des viandes qui relève de la compétence de l'OCEF en raison du monopole de commercialisation instauré, c'est l'objet premier de l'Office* »³⁵.

³² Voir l'arrêt n° 07PA04864 de la CAA de Paris faisant suite à la procédure de recours du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur le jugement précité ;

³³ Voir la note de bas de page n° 5.

³⁴ Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012258QPC.htm>

³⁵ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

34. L'article 44 de la délibération n° 25 précise en effet que :

« La mission d'intérêt public dévolue à l'établissement au plan du ravitaillement en viandes de boucherie (bovines, porcines, ovines, caprines, chevalines...) de la population sur la Nouvelle-Calédonie, doit s'exercer de manière à assurer l'écoulement prioritaire de la production locale tout en satisfaisant les besoins, tant au point de vue qualitatif que quantitatif dans des conditions optimales d'hygiène publique.

La section « viandes » a dans ses attributions, la réalisation de toutes opérations se rattachant à l'approvisionnement de la Nouvelle-Calédonie en ces viandes.

A ce titre, et dans les conditions définies ci-dessous, elle s'entremet entre producteurs et bouchers pour assurer le transport, l'abattage, l'entreposage et la commercialisation des viandes locales et importées ainsi que le désossage et le conditionnement.

Si elle en juge l'opportunité ou la nécessité, la section « viandes » peut décider de s'entremettre de façon directe entre producteurs et transformateurs industriels ou artisanaux.

La section « viandes » procède à l'importation des viandes de boucherie complétant ainsi la production locale pour l'adapter aux besoins du ravitaillement de la population. Elle en assure la répartition »³⁶ (Soulignements ajoutés).

35. L'article 45 de la délibération n° 25 précise que : « La compétence de la section « viandes » s'étend sur la totalité de la Nouvelle-Calédonie. Elle intervient pour centraliser tous les renseignements nécessaires pour déterminer les abattages, la répartition et les conditions d'entreposage des viandes.

Cependant, des dérogations générales aux obligations édictées pourront être accordées à l'ensemble des bouchers de certaines communes autres que celles de Nouméa, Mont-Dore et Dumbéa, notamment pour des raisons techniques, commerciales ou économiques.

Exceptionnellement, pour des motifs commerciaux, des dérogations ponctuelles pourront être accordées par le directeur de l'établissement à des bouchers ou à des transformateurs le cas échéant, pour certains types de viandes particuliers.

Temporairement, l'intervention effective de la section « viandes » au plan de l'obligation d'entreposage et des opérations commerciales qui y sont liées, sera limitée à la distribution s'effectuant sur les communes de Nouméa, Mont-Dore et Dumbéa.

Après l'ouverture des abattoirs industriels de l'OCEF en raison principalement des conditions d'hygiène optimales qu'ils permettent, les dérogations éventuelles accordées pour l'abattage et la distribution dans les communes d'implantation pourront prendre fin immédiatement par décision du conseil d'administration » (Soulignement ajouté).

36. Il en résulte que le monopole d'abattage, d'entreposage et de commercialisation de l'OCEF pour tout type de viande est, à ce jour, limité à la zone du grand Nouméa, hors commune de Païta. A Païta, en brousse et dans les îles, les « tueries de brousse » peuvent donc concurrencer l'OCEF sur ces différentes prestations. Toutefois, le conseil d'administration de l'OCEF peut décider de supprimer ces dérogations à tout moment.

37. Le représentant de l'OCEF a précisé que : « les dérogations en brousse ont été maintenues car elles découlent d'un fait historique et sont tolérées pour la consommation personnelle des éleveurs et pour des ventes à des boucheries de proximité ». Il a néanmoins souligné que ce dispositif pourrait être révisé, notamment sur la commune de Païta, dans l'hypothèse d'une

³⁶ Voir la délibération modifiée n° 25 du 17 septembre 1999 (annexe 17-M-5).

ouverture d'un nouvel hypermarché car, selon lui, « *il y aurait une distorsion de concurrence entre les viandes issues de l'OCEF et celles provenant des tueries de brousse avec une absence d'informations et de transparence pour le consommateur* ». De plus, il a indiqué que « *L'OCEF est confronté à une stagnation du marché et donc ce marché parallèle, dans la conjoncture actuelle, menace la rentabilité de l'office en le privant de ces ressources supplémentaires. Une démarche a été mise en œuvre pour proposer aux acteurs de brousse d'abattre en prestation. Nous faisons payer la prestation à 85 F/kg, tarif qui est présent dans les statuts de l'OCEF. Cette mesure nous permet d'espérer de faire cesser progressivement ces pratiques* »³⁷.

b) Les tarifs réglementés des viandes commercialisées par l'OCEF

38. Les prix d'achat des viandes locales, les marges réglementaires, les tarifs de commercialisation des viandes locales et importées et des prestations diverses de l'OCEF sont fixés par arrêtés du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie après que « *l'établissement (ait) étudié et proposé aux pouvoirs publics les prix d'achat des viandes de boucherie, les normes de classification, les prix à la qualité et les prix de campagne éventuels* »³⁸.
39. Par dérogation au principe de liberté d'établissement des prix et sur le fondement de l'article Lp. 410-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, les arrêtés du gouvernement fixent en valeur absolue, « *les prix d'achat des carcasses locales à l'éleveur* » de même que « *les prix hors taxes maximums de commercialisation par l'OCEF des carcasses locales, des découpes locales et abats/boyaux locaux ainsi que des découpes et abats/boyaux importés* »³⁹.
40. Il existe un mécanisme réglementaire de fixation des tarifs différent pour les viandes présentant des caractéristiques spécifiques : il s'agit notamment des « *ventes aux enchères dont le prix est majoré du montant de l'enchère obtenu en F/kg* » et des viandes « *faisant l'objet de commandes spécifiques des clients de l'OCEF et dont le prix de vente hors taxe est établi selon une formule* »⁴⁰.
41. Il en résulte que les tarifs d'achat de la viande locale et les tarifs de vente au stade de la distribution en gros de viande importées et locales sont fixés par arrêté du gouvernement sur proposition du conseil d'administration de l'OCEF. Selon le représentant de l'OCEF, celui-ci peut appliquer des remises lorsque des marchandises arrivent en fins de stock (proche de leur date limite de consommation) ou lorsqu'il s'agit d'opérations dites de « *gros lots* »⁴¹.
42. De plus, les arrêtés du gouvernement fixent également les marges d'intervention de l'OCEF sur la viande importée. Actuellement, celles-ci sont fixées à 135 F. HT par kg commercialisé de viande importée ou d'abat importé⁴². Pour la viande locale, la marge de l'OCEF résulte de la différence entre le prix d'achat au producteur et son prix de vente en gros.

³⁷ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

³⁸ Voir l'article 44 de la délibération modifiée n° 25 du 17 septembre 1999 (annexe 17-M-5).

³⁹ Voir les articles 1 à 3 de l'arrêté n° [2018-3125/GNC du 18 décembre 2018](#) *fixant les prix d'achat et les tarifs de commercialisation des viandes bovine d'origine locale par l'office de commercialisation et d'entreposage frigorifique de Nouvelle-Calédonie*.

⁴⁰ Voir les articles 4 et 5 de l'arrêté n° [2018-2383/GNC du 25 septembre 2018](#) portant révision des tarifs de commercialisation de l'office de commercialisation et d'entreposage frigorifique de Nouvelle-Calédonie au regard de l'application de la taxe générale sur la consommation au 1^{er} octobre 2018.

⁴¹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

⁴² Voir l'article 7 de l'arrêté n° 2018-2383/GNC du 25 septembre 2018 précité.

43. Le représentant de l'OCEF a confirmé au cours de son audition : « *L'OCEF vend à des tarifs réglementés par le GNC, on ne fait qu'appliquer ces arrêtés* »⁴³.
44. Alors que le prix de revente de la viande importée par l'OCEF est fixé par un arrêté, son prix d'achat aux fournisseurs internationaux reste libre et sujet à fluctuations en fonction de la conjoncture sur les marchés internationaux de la viande et du cours des devises de transaction⁴⁴.
45. En pratique, l'OCEF s'approvisionne essentiellement en Nouvelle-Zélande et en Australie ainsi qu'en Europe (Métropole et pays scandinaves). Le représentant de l'OCEF a ainsi précisé qu'« *en 2018, l'OCEF a importé près de 1.844 tonnes de viande (viande bovine et ovine) en provenance de Nouvelle-Zélande, 871 tonnes en provenance d'Australie (viande bovine), et 268 tonnes d'Europe (principalement porcine et veau)* » .
46. Jusqu'en 2013, les tarifs de l'OCEF, toutes viandes confondues, n'ont que peu évolué⁴⁵, puis de 2013 à 2018 une succession de revalorisations ont été effectuées⁴⁶. Ces revalorisations ont d'abord fait suite aux difficultés financières rencontrées par l'OCEF découlant du renchérissement des prix des viandes sur le marché international, se matérialisant par deux hausses successives des marges réglementaires de l'OCEF de 15F/kg en 2014 et de 10F/kg en 2017 sur les viandes issues de la production locale et de l'importation. Une nouvelle hausse de 30 F/kg a été introduite par l'arrêté n° 2018-2383/GNC du 25 septembre 2018 pour tenir compte de l'application de la TGC.
47. S'agissant plus spécifiquement de la viande d'agneau, importée par l'OCEF quasi exclusivement auprès de la société néo-zélandaise AFFCO depuis 1970⁴⁷, les tarifs de commercialisation de l'OCEF ont évolué comme suit depuis l'année 1997 :

⁴³ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

⁴⁴ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

⁴⁵ Voir les arrêtés n° [2011-1001/GNC du 26 mai 2011](#) portant dispositions relatives aux prix des viandes ovines importées, n° [2011-3115/GNC du 20 décembre 2011](#) fixant les tarifs de commercialisation de viande et de prestations diverses de l'office de commercialisation et d'entreposage frigorifique de Nouvelle-Calédonie et n° [2013-2597/GNC du 17 septembre 2013](#) portant dispositions relatives aux prix des viandes porcines.

⁴⁶ Voir les arrêtés n° [2013-3745/GNC du 24 décembre 2013](#) fixant les prix d'achat, les marges, les prix de commercialisation et de prestations diverses de l'office de commercialisation et d'entreposage frigorifique de Nouvelle-Calédonie, n° [2015-1673/GNC du 25 août 2015](#) fixant les tarifs d'achat les marges les tarifs de commercialisation et de prestations diverses de l'Office de Commercialisation et d'Entreposage Frigorifique de Nouvelle-Calédonie, n° [2016-327/GNC du 24 février 2016](#) modifiant l'arrêté n° 2015-1673/GNC du 25 août 2015 fixant les tarifs d'achat, les marges, les tarifs de commercialisation et de prestations diverses de l'office de commercialisation et d'entreposage frigorifique de Nouvelle-Calédonie (OCEF), n° [2017-2597/GNC du 12 décembre 2017](#) précité, n° [2018-2383/GNC du 25 septembre 2018](#) précité et n° 2018-3125/GNC du 18 décembre 2018 précité.

⁴⁷ Lors de son audition le représentant de l'OCEF a indiqué : « *Sur l'agneau particulièrement on travaille depuis 1970 avec AFFCO (en frais) qui a un avantage considérable : on a la capacité à avoir de l'agneau toute l'année alors que cette espèce est soumise à une très forte saisonnalité (...) Nous n'avons pas tissé de lien contractuel avec AFFCO, nous lui demandons des cotations mais nous ne sommes tenus à aucune obligation.* » Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

Evolution des tarifs de commercialisation de la viande ovine importée entre 1997 et 2018

| Désignation produit | 1997 ⁴⁸ | 2002 ⁴⁹ | 2011 ⁵⁰ | Evol. 2002-11 | 2014 ⁵¹ | 2017 ⁵² | 2018 ⁵³ | Evol. 2014-18 |
|---------------------------------|-----------------------------|--------------------|--------------------|---------------|--------------------|--------------------|--------------------|---------------|
| Carcasse d'agneau réfrigérée | 645 | 615 | 910 | 47,97% | 925 | 935 | 910 | -1,62% |
| Carcasse d'agneau congelée | 615 | 585 | 830 | 41,88% | 845 | 855 | 832 | -1,54% |
| Gigot d'agneau réfrigéré | 795 | 815 | 1 070 | 31,29% | 1 085 | 1 095 | 1 066 | -1,75% |
| Gigot d'agneau congelé | 760 | 760 | 1 020 | 34,21% | 1 035 | 1 045 | 1 017 | -1,74% |
| Longe d'agneau réfrigérée | 795 | 835 | 1 410 | 68,86% | 1 425 | 1 435 | 1 397 | -1,96% |
| Longe d'agneau congelée | 760 | 760 | 1 390 | 82,89% | 1 405 | 1 415 | 1 377 | -1,99% |
| Filet d'agneau réfrigéré | 1 485 | 1 900 | 2 520 | 32,63% | 2 535 | 2 545 | 2 477 | -2,29% |
| Filet d'agneau congelé | 1 400 | 1 900 | 2 440 | 28,42% | 2 455 | 2 465 | 2 399 | -2,28% |
| Côtelette d'agneau congelée | 795 | 810 | 1 680 | 107,41% | 1 695 | 1 705 | 1 659 | -2,12% |
| Epaule d'agneau congelée | 505 | 505 | 1 060 | 109,90% | 1 075 | 1 085 | 1 056 | -1,77% |
| Marge réglementaire OCEF | 80 F/kg⁵⁴ | | | | 95 F/kg | 105 F/kg | 135 F/kg | 42,11% |

Source : ACNC à partir des délibérations fixant les dispositions tarifaires de l'OCEF et leurs arrêtés d'application

48. Comme le retrace le tableau ci-dessus, malgré une hausse de 69 % de la marge réglementaire de l'OCEF entre 2011 et 2018, les tarifs de commercialisation de la viande ovine par l'OCEF se sont orientés à la baisse pour revenir en 2018 au niveau des tarifs de 2011, voire légèrement en-deçà⁵⁵.
49. Selon les explications du représentant de l'OCEF, les augmentations de tarifs de commercialisation des viandes ovines importées en 2011, 2014 et 2017 ont permis de pallier les difficultés financières liées aux évolutions des cours de la viande ovine et du dollar néo-zélandais et à s'inscrire dans les impératifs de développement de la filière viande pour permettre à l'OCEF de dégager l'excédent de marges destiné à l'ERPA (voire *infra*). Les hausses tarifaires intervenues en 2011 et qui ciblaient spécifiquement la viande ovine ont oscillé entre 28 % et jusqu'à plus de 100 % pour certains morceaux en cause, en raison « des tarifs complètement déconnectés du marché (...) et une marge toujours fixée à 80 francs par le Congrès » selon le représentant de l'OCEF⁵⁶.
50. Il faut souligner qu'une convention générale entre l'OCEF et l'ERPA (devenue l'Agence rurale en 2018) vise à assurer la régulation des prix des viandes. L'OCEF reçoit des crédits de l'ERPA au titre de cette régulation et doit reverser à l'ERPA le différentiel qu'il peut percevoir entre sa marge réglementaire autorisée et sa marge réelle qui dépend du prix d'achat de la viande⁵⁷. Comme l'a souligné la chambre territoriale des comptes de la Nouvelle-Calédonie dans un rapport d'observation définitive sur la gestion de l'OCEF portant sur les exercices

⁴⁸ Voir la [délibération n° 58 du 18 avril 1997](#) portant dispositions relatives aux prix des viandes ovines importées.

⁴⁹ Voir l'article 3 de l'arrêté n° [2001-3461/GNC du 27 décembre 2001](#) portant dispositions relatives aux prix des viandes importées

⁵⁰ Voir l'arrêté n° 2011-1001/GNC du 26 mai 2011 précité.

⁵¹ Voir l'article 4 de l'arrêté n° 2013-3745/GNC du 24 décembre 2013 précité.

⁵² Voir l'article 3 de l'arrêté n° 2017-2597/GNC du 12 décembre 2017 précité.

⁵³ Voir l'article 3 de l'arrêté n° 2018-2383/GNC du 25 septembre 2018 précité.

⁵⁴ La marge d'intervention de l'OCEF à 80 F le kg sur l'ensemble des viandes importées a été fixée par l'arrêté n° [83-090/CG du 22 février 1983](#) précisant les modalités d'intervention de l'OCEF en matière de viande bovines, porcines et ovines.

⁵⁵ En application de l'article 4 de l'arrêté n° 2018-2383/GNC du 25 septembre 2018, le prix de vente hors taxes de toute découpe de viande, abats, boyaux ou emballages, non prévu dans les articles précédents et faisant l'objet de commandes spécifiques des clients de l'OCEF est établi pour chaque arrivage selon la formule suivante : PV = Coût de revient licite + prélèvements fonds + patente + marge OCEF sur commandes spéciales (25% du coût de revient licite).

⁵⁶ Voir l'article de presse intitulé « L'agneau va prendre cher » (annexe 01-W-pièce 23 de la saisine).

⁵⁷ Plus précisément, il s'agit de la différence entre le prix de vente et le prix de revient licite, majoré de la taxe de la CCI pour les importations par avion et diminuée de la marge réglementaire allouée à l'OCEF ainsi que des prélèvements versés aux fonds de développement pour la filière bovine et porcine.

2010-2015, « *compte tenu des fluctuations des prix d'achat des viandes importées, ces reversements sont de niveau très variable* ». Dans le cas d'un différentiel de marges négatif en fin d'année, l'insuffisance de marge est reportée sur l'année suivante.

51. Enfin, il y a lieu de relever qu'en aval de la chaîne, les tarifs de commercialisation au détail des viandes de boucherie, autrefois réglementés de manière spécifique, ont été intégralement libérés par la délibération n° 174 du 16 janvier 1991 (abrogeant à l'article 4 les dispositions de l'arrêté n° 88-58/CE du 25 mars 1988⁵⁸, lequel avait institué de manière dérogatoire un encadrement des prix de vente au détail des viandes de boucherie)⁵⁹. Il en résulte qu'au stade de la distribution au détail de viande en Nouvelle-Calédonie, les prix sont fixés librement par les bouchers⁶⁰.

2. L'organisation du secteur de la viande ovine en Nouvelle-Calédonie

52. En Nouvelle-Calédonie, le secteur de la viande comprend principalement la viande porcine, celle bovine et dans une moindre mesure et marginalement celle relevant des espèces ovines et cervidés. Il n'y a, par ailleurs, pas de viande chevaline. Ainsi, la famille des bovins concentre à elle seule 44 % des volumes de production et d'importation, suivi de la viande porcine pour 35 %, de la viande de veau pour 14 % et des viandes ovine (6 %) et cervidé (1 %)⁶¹.

a) Les volumes de viande ovine produits localement et importés

53. La filière ovine calédonienne est la plus petite filière du secteur du bétail, avec à peine 0,16 % de la production animale commercialisée en 2018⁶².
54. La quantité de viande ovine produite localement était de 9,300 tonnes en 2018 ventilées à hauteur de 4,771 pour le « *poids total Brousse* » et 4,530 pour le « *poids total OCEF* »⁶³.

Evolution de la production locale de viande ovine traités par l'OCEF et les tueries de brousse

| Unité : tonnes | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|----------------------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Traité par l'OCEF | 2,051 | 2,313 | 3,093 | 2,883 | 4,530 |
| Hors OCEF | 4,350 | 6,687 | 6,707 | 4,817 | 4,771 |
| Total filière ovine | 6,401 | 9,000 | 9,800 | 7,700 | 9,301 |

Source : ACNC à partir des données statistiques de la DAVAR

55. Il ressort des statistiques de la Direction des affaires vétérinaires, alimentaires et rurales (DAVAR) que le taux de couverture de la production locale s'élève seulement à 2,1 %⁶⁴ en

⁵⁸ Voir l'[arrêté n° 88-058/CE du 25 mars 1988](#) relatif aux prix de vente au détail des viandes de boucherie.

⁵⁹ Ce dernier prévoyait un prix de vente maximum au stade de la vente de détail sur une liste de morceaux de viande laquelle variait en fonction de la qualité du commerçant : titulaire d'une patente de boucher ou non titulaire d'une patente. Un multiplicateur maximum de 1,2 pouvait également être appliqué sur ces prix maximums lorsque lesdits morceaux de viande étaient proposés à la vente sous forme préemballée.

⁶⁰ Sous réserve des produits carnés soumis à des modalités de fixation ou de contrôle des prix ou des marges en application de l'annexe de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 modifiée (Viandes fraîches, réfrigérées ou congelées importées de coqs, poules et de poulets entiers d'un poids inférieur ou égal à 1,4 kg ou découpés en morceaux) et de ceux entrant dans le champ du bouclier qualité prix « frais » en application de l'arrêté n° 2019-2091/GNC du 1^{er} octobre 2019.

⁶¹ Voir le rapport d'activité de l'OCEF pour l'année 2018 (annexe 17-A-5).

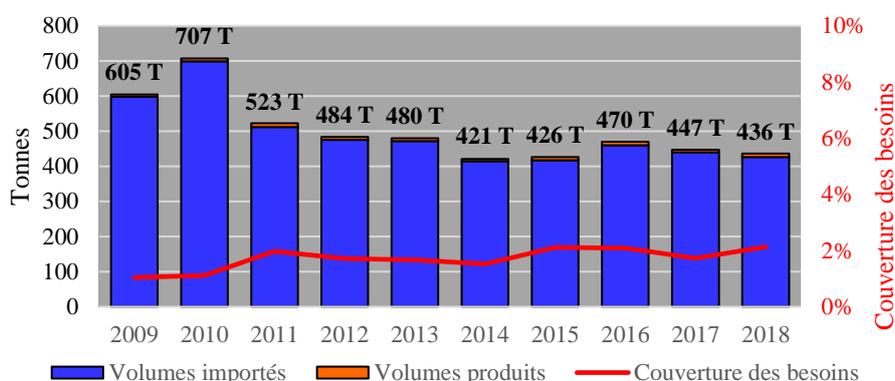
⁶² D'après les données du [Mémento agricole 2018](#), les productions animales commercialisées s'élèvent à 5 899 tonnes (réparties à hauteur de 2 886 tonnes pour la viande bovine, 2 905,7 tonnes pour la viande porcine, 97,5 tonnes pour la viande cervidés et 9,3 tonnes pour la viande ovine/caprine) pour une valeur de 3 368,2 millions de francs CFP.

⁶³ Voir le document intitulé « Evolution production viande ovine locale » (annexe 17-O).

⁶⁴ Voir le fichier de l'OCEF du 7 juin 2019 « *La consommation des ménages en viande ovine* ». (annexe 17-N).

2018 pour une consommation annuelle par habitant de 1,5kg⁶⁵ et que la production locale stagne sur les cinq dernières années comme le retrace le graphique ci-après.

Evolution du marché de la viande ovine en Nouvelle-Calédonie et la couverture des besoins par la production locale



Source : ACNC données DAVAR et ISEE

56. La production de la filière ovine calédonienne est donc très faible et ne suffit pas à couvrir les besoins de la consommation calédonienne de la viande ovine. La Nouvelle-Calédonie doit donc impérativement recourir aux importations (pour 98 %) pour satisfaire la demande calédonienne.
57. L'évolution des importations de viande ovine montre, sur la période considérée, une première période de croissance entre 2009-2013 avec un tonnage moyen importé de 551 tonnes pour une valeur CAF moyenne de 374 millions de F.CFP. Pour ce qui concerne l'année 2010, celle-ci présente des statistiques records en raison de l'ouverture « provisoire » de l'importation et de l'attribution de quotas à la société Les Ets Bargibant⁶⁶. A contrario, la seconde période (2014-2018) témoigne d'un fléchissement des importations avec un volume moyen sur la période de 432 tonnes (- 22%) pour une valeur de 337 millions F.CFP (-10%).

⁶⁵ A titre de comparaison, cette consommation de viande ovine oscille entre 1,7kg pour la consommation mondiale et 1,9kg pour la consommation européenne. La différence de consommation avec la Nouvelle-Calédonie peut en partie provenir des habitudes de consommation des calédoniens orientée vers la viande de cerf.

⁶⁶ En effet, à la suite du jugement rendu le 9 août 2007 par le tribunal administratif de Nouméa précité (Voir le jugement n°0689,0717 du 9 août 2007 et l'arrêt n° 07PA04864 de la CAA de Paris), la société Ets Bargibant a formulé dans le courant de l'année 2009 des demandes de licences d'importation pour de la viande d'agneau auprès de la direction régionale des douanes, lesquelles ont été systématiquement rejetées. Saisi à nouveau, le tribunal administratif a, dans son jugement n°09386 du 29 mars 2010, annulé les décisions douanières et enjoint au gouvernement de statuer, à nouveau, sur les demandes de la société Bargibant, permettant ainsi une ouverture des importations de viandes au profit des opérateurs privés au nombre desquels Les Ets Bargibant ce qui s'est matérialisé par l'attribution d'un quota de 199 tonnes de viande ovine (Voir le tableau récapitulatif des importations d'agneau en 2010 (annexe 26-L)) au bénéfice de cette dernière lui permettant ainsi d'importer de la viande d'agneau congelé (Voir les jugements n°09286 et 09385 du 29 mars 2010 du tribunal administratif). Toutefois, à la suite de cette décision, le Congrès a adopté la délibération n° 64 du 2 juin 2010 relative à diverses modifications du tarif et du code des douanes de Nouvelle-Calédonie aux termes de laquelle l'article 6 a fixé le taux de la taxe spécifique de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA) à 27% sur les seules importations de viandes ovines congelées (Voir l'article 6 de la délibération n° 64 du 2 juin 2010 relative à diverses modifications du tarif et du code des douanes de Nouvelle-Calédonie qui dispose que : « Le taux de la TSPA applicable à l'importation des viandes congelées des animaux de l'espèce ovine classées aux TD 0204-30.00, 0204.41.00, 0204.42.00, 0204.43.00 est fixé à 27% »). Cet article litigieux a été annulé par le tribunal administratif dans son jugement du 16 décembre 2010 (Voir le jugement n°10206 du TA de Nouvelle-Calédonie du 16 décembre 2010).

58. Pour l'année 2018, les importations de viandes ovines s'élèvent à près de 427 tonnes réparties entre le réfrigéré (48%) et le congelé (52%)⁶⁷.

b) L'organisation générale de la filière et celle spécifique de la filière ovine

59. Le schéma ci-dessous permet de présenter la chaîne de valeur des viandes issues des élevages locaux ainsi que les différents débouchés par type de canal.

60. Il faut souligner une distinction entre les viandes traitées par le circuit officiel de l'OCEF et celles traitées par les « *Tueries de Brousse* » (hors Nouméa, Mont-Dore et Dumbéa) qui échappent au dispositif réglementaire en vigueur.

61. S'agissant des viandes traitées par le circuit de l'OCEF, la campagne de collecte de la viande s'organise par quadrimestre : chaque éleveur recensé dans le répertoire de l'OCEF doit se rapprocher de l'OCEF pour faire connaître ses besoins en termes d'abattage. S'ensuit un circuit de traitement visant à collecter les animaux, à les rapatrier auprès d'un des deux abattoirs industriels normés de l'OCEF (financés et exploités par l'OCEF) implantés sur les communes de Bourail (pour les espèces bovine et cervidé) et Païta (pour l'espèce porcine). En 2015, l'OCEF assurait 78 % des abattages réalisés en Nouvelle-Calédonie dans ses deux abattoirs, le reste étant réalisé par les tueries de brousse qui effectuent encore des abattages destinés normalement aux bouchers de proximité.

62. Toutefois, pour la viande ovine et caprine locale, le circuit de collecte, d'abattage et de commercialisation est différent et échappe en grande partie à l'OCEF. En effet, c'est l'Interprofession Viande de Nouvelle-Calédonie (ci-après l'« IVNC »), qui centralise les demandes d'abattages et assure un rôle d'intermédiaire entre les éleveurs en amont et les clients en aval, à laquelle devrait succéder le Groupement des éleveurs de petits ruminants de Nouvelle-Calédonie (ci-après le « GEPR-NC »)⁶⁸. Cette « adaptation organisationnelle » qui ne figure dans aucun texte réglementaire, et pas davantage dans les statuts de l'OCEF, soustrait ainsi l'IVNC à la réglementation en matière de commercialisation (fixation d'un prix maximum de vente à une clientèle professionnelle).

63. Le directeur de l'OCEF a confirmé que les éleveurs locaux d'ovins ont historiquement souhaité « *s'organiser en groupement et pouvoir promouvoir leurs produits et négocier eux-mêmes avec les clients* »⁶⁹.

64. Cette pratique aboutit à l'existence de deux circuits de commercialisation des ovins (et des caprins) en Nouvelle-Calédonie : la vente directe auprès de boucheries ou particuliers par l'intermédiaire de l'IVNC et plus marginalement par l'intermédiaire de l'OCEF dans le cadre d'une convention d'abattage. Dans cette hypothèse, les ovins abattus en prestation par l'OCEF

⁶⁷ Une analyse plus fine sur la catégorie des produits ovins importés au cours de ces dix dernières années, permet de constater que les volumes les plus importants sont des viandes congelées, concentrées sur la seule position 0204.42.00 (gigot congelé) alors que les viandes ovines réfrigérées sont réparties à peu près équitablement entre les TD 0204.10.00 (carcasses) et 0204.22.00 (gigot réfrigéré).

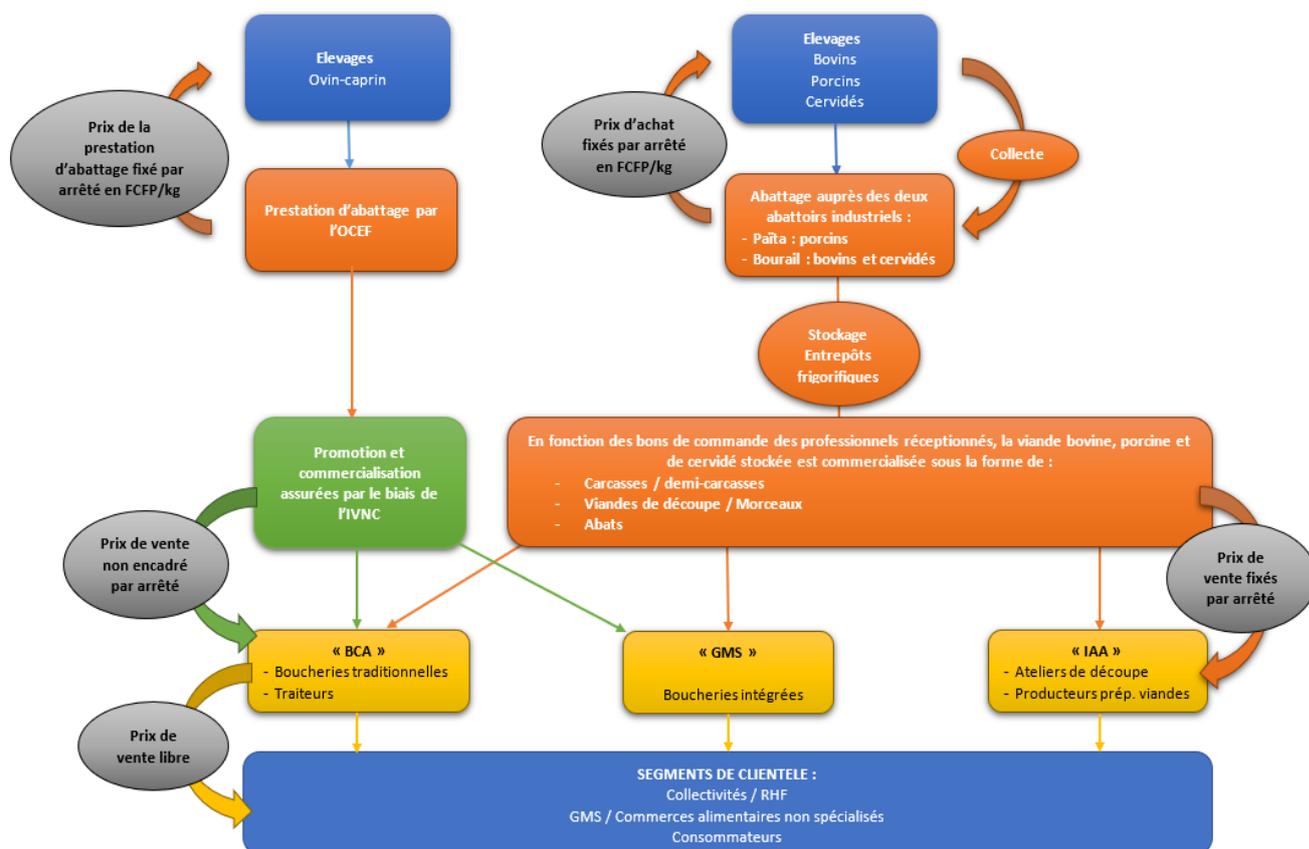
⁶⁸ Le GEPR devrait à terme récupérer les missions qu'assure l'IVNC sur la filière ovine locale et notamment son président a indiqué : « *Le GEPR devra définir et créer les outils pour regrouper les volumes vendus, négocier au nom et pour le compte des éleveurs avec les acteurs de la filière, favoriser les relations commerciales entre membres et avec les autres acteurs la filière, participer à la promotion des valeurs alimentaires et gustatives de la viande ovine et caprine, arrêter des critères permettant de connaître les coûts réels de production afin d'établir des indices fiables destinés à négocier les prix de la viande et des intrants. Afin d'assurer ces missions, le GEPR-NC et l'EDEC-NC ont convenus d'une mutualisation de moyens humains et matériels et ce, depuis le 1^{er} septembre 2019, avec la mise à disposition de la directrice de l'EDEC-NC* ». Voir le questionnaire du GEPR-NC-annexe 28.

⁶⁹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

demeurent la propriété de l'éleveur permettant une négociation d'un prix libre directement entre l'éleveur et l'acheteur.

65. Le schéma ci-après permet de visualiser le fonctionnement de la filière viande en Nouvelle-Calédonie et les particularités de la filière ovine (et caprine). Les opérations matérialisées en orange relèvent exclusivement de l'OCEF avec toutefois un traitement différencié pour les espèces ovine-caprines pour lesquelles la prestation d'abattage reste facultative et la commercialisation par l'IVNC non soumise à des tarifs réglementés.

Présentation du fonctionnement de la filière viande en Nouvelle-Calédonie



Source : ACNC

c) Les différents acheteurs et la vente au détail de la viande en Nouvelle-Calédonie

66. Comme indiqué *supra*, les prix de vente au détail de la viande en Nouvelle-Calédonie ne sont plus réglementés depuis 1991. Les distributeurs sont donc libres de déterminer les prix de vente aux consommateurs sur toutes les catégories de viande.
67. Si la majorité des clients de l'OCEF est constituée de bouchers-charcutiers artisans et de grandes et moyennes surfaces (GMS), l'Office commercialise également ses produits auprès d'une clientèle d'industriels appartenant à la branche des industries agroalimentaires (IAA). Sont ainsi répertoriés dans cette catégorie, et assimilés au même titre que les boucheries à des professionnels de la viande, les ateliers de découpe de viandes ainsi que les producteurs de préparations à base de viande à l'instar de la SARL société de conserverie périgourdine du pacifique (SCPP), de la SAS Société Française des Viandes et Salaisons du Pacifique

(SFVSP)⁷⁰ et de la SARL Société de Conditionnement et de Distribution de Viandes en province nord (SOCODIV-NORD)⁷¹ dont les produits obtenus à l'issue de processus de transformation seront écoulés à travers les canaux classiques de la distribution (GMS, Café-Hotels-Restaurants, collectivités) ou en vente directe.

68. L'OCEF n'intervient pas au stade de la commercialisation au détail de la viande. A l'inverse, la société Les Ets Bargibant est présente au stade de la commercialisation au détail de produits carnés congelés par le biais de deux canaux de distribution : l'un destiné à approvisionner les marchés de la collectivité et de la restauration hors foyer et, l'autre, aux fins d'approvisionner directement les consommateurs par l'implantation de son point de vente à Ducos, comme vu *supra*.

3. Le positionnement des parties sur les marchés pertinents définis par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence

69. De manière constante, les autorités de concurrence métropolitaine et européennes⁷² considèrent que, dans le secteur de la viande, il existe autant de marchés distincts que d'espèces d'animaux abattus. En effet, les tailles et poids des animaux varient d'une espèce à l'autre et les abattoirs sont équipés, en général, de matériel spécifique pour chaque type d'animal⁷³.
70. S'agissant plus précisément du secteur de la viande ovine, il y a lieu de différencier l'agneau du mouton⁷⁴. L'agneau se définit comme un ovin (mâle ou femelle) âgé de moins de douze mois⁷⁵ qui se distingue de l'agneau de lait (agneau non sevré ayant consommé essentiellement du lait). Le mouton se définit comme un ovin (mâle ou femelle) âgé de 12 mois et plus⁷⁶.
71. Dans ce secteur de la viande ovine, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a constaté, dans son avis n° 11-A-03 du 15 février 2011, que la production ne permettait pas en métropole de satisfaire la demande. Elle a rappelé le déficit de la viande ovine et l'insuffisance de la production qui ne permet pas de couvrir la demande. Elle a ainsi relevé que : « *La demande n'est satisfaite que grâce aux importations provenant principalement du Royaume-Uni et d'Irlande mais également de Nouvelle-Zélande. La viande ovine importée en provenance de Nouvelle-Zélande est essentiellement congelée tandis qu'elle est fraîche lorsqu'elle provient*

⁷⁰ La société SFVSP détient à hauteur de 98,5% sa filiale SODEVIA (voir le questionnaire retourné par le directeur de l'enseigne La Française dans le cadre de l'avis sur les protections de marché). Il y a lieu de souligner que La Française détient le monopole de production sur le secteur des produits de la charcuterie et dispose de 26 mesures de régulation de marché : 11 mesures quantitatives, dont 4 STOP, et 15 mesures tarifaires dont les taux oscillent entre 17 et 27%.

⁷¹ Ces sociétés sont enregistrées au registre du commerce et des sociétés sous le code APE 10.13A « Préparation industrielle de produits à base de viande » et sont respectivement spécialisées dans la fabrication de conserves alimentaires à base de bœuf (« corned beef », bœuf en gelée) et les plats garnis (cassoulet, petit salé aux lentilles), la fabrication de produits de charcuterie sous toutes ses formes (saucissons, saucisses sèches, terrines, pâtés et jambon) et la fabrication de charcuteries.

⁷² Voir notamment la décision de la Commission européenne IV/M.1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier du 9 mars 1999 et la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-DCC-172.

⁷³ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 *relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volaille*, n° 10-DCC-119 du 17 septembre 2010 *relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice, Fermiers du Sud-Ouest, par les sociétés Maïsadour et Terrena*, n° 10-DCC-122 du 17 septembre 2010 *relative à la prise de contrôle conjoint de la société Gastronome Condom par les sociétés Euralis COOP, SCA Vivadour, Terrena et Maïsadour*, n° 13-DCC-102 du 26 juillet 2013 *relative à la création d'une entreprise commune par la société Glon Sanders Holding et le groupe Euralis*, n° 15-DCC-14 du 24 février 2015 *relative à l'acquisition par LDC Volaille des actifs d'abattage et de commercialisation de volaille du groupe Glon Sanders*, n° 16-DCC-33 *relative à l'acquisition par LDC Volaille des actifs d'abattage, de commercialisation et de transport de volailles du groupe Agrial* et n° 17-DCC-210 *relative à la fusion par absorption de la société Coopérative des Agriculteurs de la Mayenne par la coopérative agricole Terrena*.

⁷⁴ « *En ce qui concerne la collecte d'ovins, la pratique décisionnelle a envisagé une distinction entre la collecte de moutons et la collecte d'agneaux* » Voir notamment la décision de la Commission européenne IV/M.1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier du 9 mars 1999 et la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-DCC-172.

⁷⁵ catégorie L pour « lamb ».

⁷⁶ catégorie S pour « sheep ».

des îles Britanniques ». Outre une production insuffisante, elle a constaté que le secteur ovin se caractérise également par une « *volatilité cyclique des prix* » de périodicité annuelle ce qui est nuisible à l'efficacité économique du secteur « *car elle engendre une incertitude sur les recettes des éleveurs comme sur les coûts des transformateurs, ce qui pèse non seulement sur les investissements mais également sur la viabilité des entreprises* »⁷⁷. Comme vu supra, ces constats se retrouvent en Nouvelle-Calédonie.

72. Par ailleurs, la pratique décisionnelle⁷⁸ a opéré une segmentation entre les différents stades de transformation de la viande, qui correspondent au cycle de traitement des animaux et de la viande. A cet égard, quatre degrés de transformation de la viande sont distingués.
73. La première transformation comprend ainsi la collecte⁷⁹ étant précisé que pour ce qui concerne la collecte d'ovins, comme vu supra, une distinction entre celle de moutons et celle d'agneaux a été faite⁸⁰.
74. La deuxième transformation comprend le désossage de la viande et la découpe des carcasses pour différentes catégories de clients (grandes et moyennes surfaces alimentaires (GSA), bouchers et charcutiers artisans (BCA), industries agro-alimentaire (IAA) par exemple), qui procéderont ensuite à une transformation de la marchandise en vue de sa vente⁸¹. Au sein de ce marché, la pratique décisionnelle opère aussi une segmentation selon les espèces animales⁸².
75. La troisième transformation consiste en la mise sous barquettes de viande prête à cuire, destinée au consommateur final⁸³.
76. Enfin, la quatrième transformation correspond aux produits élaborés à base de viande. La Commission européenne a ainsi défini ces produits comme « *des viandes de mammifères ou d'oiseaux crues, séchées, fumées ou cuites, contenant des ingrédients tels que du sel ou des épices* »⁸⁴. Cette définition a été reprise par l'Autorité de la concurrence métropolitaine⁸⁵. La Commission européenne a envisagé plusieurs types de segmentations que sont : les produits

⁷⁷ Voir l'avis n°11-A-03 l'Autorité de la concurrence métropolitaine du 15 février 2011 *relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur ovin*.

⁷⁸ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n°10-DCC-22 du 8 mars 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Spanghero par la société coopérative Lur Berri, n°10-DCC-31 du 14 avril 2010, relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Bigard par la société C2 Développement (groupe Terrena) ; n°11-DCC-68 du 26 mai 2011 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Poujol Frères et Poujol Froid par la société Arcadie Sud-Ouest ; n°11-DCC-154 du 24 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société financière du Forest, holding du groupe GAD, par la société Centrale Coopérative Agricole Bretonne et n°13-DCC-116 du 28 août 2013 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe VanDrie de la société TendriadeCollet S.A.S.

⁷⁹ S'agissant de la première transformation, la pratique décisionnelle métropolitaine a retenu l'existence de différents marchés : les marchés de la collecte d'animaux vivants en vue de l'abattage, les marchés de l'abattage d'animaux pour le compte de tiers, les marchés des carcasses ainsi que des coproduits (abats, cuirs et peaux).

⁸⁰ Voir notamment la décision de la Commission européenne IV/M.1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier du 9 mars 1999 et les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 13-DCC-172 et n°16-DCC-178, 15 novembre 2016. L'Autorité a distingué la collecte d'agneaux dits « standards » et la collecte d'agneaux sous label « Agneau de Sisteron » dans la mesure où une réglementation spécifique délimite les zones dans lesquelles l'animal est élevé, qui correspondent à un territoire comprenant l'ex-région Provence-Alpes-Côte d'Azur et la Drôme provençale.

⁸¹ Sont appelées « *viandes issues de la deuxième transformation* » des viandes découpées et/ou désossées, souvent présentées sous vide pour une meilleure conservation, et vendues via différents canaux de distribution, à des clients qui procéderont à une transformation ultérieure de cette marchandise en vue de sa présentation à la vente (piéçage, transformation en steak haché, etc.).

⁸² Voir notamment les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-DCC-68 et n° 10-DCC-22 précitées. Voir également la décision de la Commission européenne COMP/M.3605 précitée.

⁸³ Les « *viandes issues de la troisième transformation* » correspondent aux viandes prêtes à cuire, conditionnées sous la forme d'Unités de Vente Consommateur Industrielles (ci-après, « UVCI ») et directement présentables à la vente.

⁸⁴ Voir la décision de la Commission européenne COMP/M.1313 Danish Crown / Vestjyske Slagterier.

⁸⁵ Voir les décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n°10-DCC-31 ; n°10-DCC-22 ; n°11-DCC-68 ; n°11-DCC-154, n°13-DCC-116 précitées et 15-DCC-33.

crus, les produits élaborés pour consommation froide, les conserves, les saucisses, les tartes et pâtés ainsi que les plats cuisinés⁸⁶. De la même façon, le ministre chargé de l'économie a envisagé une segmentation par filières de viande (bovins, porcs, veau, ...) et par canal de distribution, ou une segmentation par type de produits élaborés (brochettes, viandes marinées, burgers, saucisses...)⁸⁷.

77. La viande peut, en outre, être commercialisée sous différentes formes. Elle peut, tout d'abord, être fraîche, c'est-à-dire vendue à la coupe en rayon traditionnel ou préemballée en rayon libre-service. En matière de distribution et de commercialisation de viande fraîche, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a opéré une distinction selon le canal de distribution⁸⁸.
78. Sur les marchés aval, la commercialisation des produits agricoles aux divers stades de transformation est analysée sur divers marchés en fonction du nombre d'étapes de transformation et d'intermédiaires et il est fait une distinction entre les grandes et moyennes surfaces alimentaires (GSA), les bouchers et charcutiers artisans (BCA), l'industrie agro-alimentaire (IAA) et la restauration hors foyer (RHF).
79. En l'espèce, il ressort de la délibération n° 25 du 17 septembre 1999 que le monopole de commercialisation de l'OCEF s'exerce uniquement sur les marchés de la première (collecte) et la deuxième transformation (désossage et découpe) sur l'ensemble des espèces en vue d'approvisionner des clients professionnels à des tarifs de commercialisation fixés par arrêté. En conséquence, l'OCEF n'est pas actif sur les deux derniers stades de transformation.
80. La société Les Ets Bargibant importe, pour sa part, exclusivement des produits congelés issus du troisième et du quatrième stade de transformation qu'elle revend dans le même état sur les marchés aval de la distribution au détail aux GMS, RHF, collectivités.
81. Il s'ensuit que l'OCEF et la société Ets Bargibant n'interviennent pas sur les mêmes marchés de la commercialisation de la viande ovine et ne peuvent plus être concurrents sur le marché amont de l'approvisionnement de viande ovine importée en raison de la loi du pays de validation du 17 octobre 2011 confirmée par la décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 du Conseil constitutionnel qui conforte le monopole légal de l'OCEF s'agissant de l'importation de tout type de viande.

D. Les pratiques dénoncées

82. Dans sa plainte, la société les Ets Bargibant dénonce principalement et de manière générale le monopole légal d'importation de l'OCEF qui entraîne, selon elle, un abus de position dominante. Dans ce cadre, elle fait valoir que cet office exerce (i) une activité commerciale d'importateur, (ii) que la Nouvelle-Calédonie ne produit pas de viande à protéger, (iii) que la Nouvelle-Calédonie et l'OCEF se livrent à un détournement de pouvoir, (iv) que le monopole de l'OCEF contribue à augmenter le coût de la vie, (v) que ce monopole ne protège pas des emplois menacés et (vi) qu'il est incompatible avec le droit communautaire.
83. L'entreprise plaignante poursuit en soutenant que : « *La délibération du 26 mai 2003 confère à l'OCEF des droits exclusifs dont le simple exercice débouche sur l'exploitation abusive d'une position dominante et restreint ou fausse le jeu de la concurrence* »⁸⁹. Elle s'appuie sur le rapport de l'Autorité de la concurrence métropolitaine du 21 septembre 2012 *relatif aux*

⁸⁶ Voir la décision de la Commission COMP/M2662, Danish Crown/Steff Houlberg, 21 décembre 2002.

⁸⁷ Voir Décision C2008-100 du 17 février 2009 Bigard / Socopa ; Décision n° 10-DCC-22 du 8 mars 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Spanghero par la société coopérative Lur Berri.

⁸⁸ Voir la décision n° 15-DCC-14 du 24 février 2015 relative à l'acquisition par LDC Volaille des actifs d'abattage et de commercialisation de volaille du groupe Glon Sanders.

⁸⁹ Voir page 22 de la plainte.

mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie pour soutenir que : « L'abus de position dominante est ici manifeste »⁹⁰.

84. Interrogé sur les faits qui caractérisent, selon l'entreprise plaignante, la pratique d'abus de position dominante, son représentant a précisé : « *C'est délicat car la position dominante de l'OCEF s'appuie sur les textes (...) En interdisant l'accès à la viande à notre entreprise on nous restreint la capacité de vendre des produits à ses clients. On nous empêche de faire 1/4 de mon chiffre d'affaires potentiel (...) L'abus de position dominante est constitué par le fait d'interdire à tous les autres opérateurs d'acheter et de vendre de la viande » (Soulignement ajouté)⁹¹.*
85. Le plaignant a, en outre, expliqué que : « *Selon certains bouchers, l'OCEF utilise sa position dominante pour réserver aux « bons élèves » les bons produits »* et qu'il : « *menace les bouchers de ne pas leur vendre de la viande ou de moins bonne qualité s'ils achètent auprès de mon entreprise* ». Il a fourni l'identité de deux témoins susceptibles, selon lui, de confirmer ses accusations, lesquels ont été auditionnés et ont indiqué s'approvisionner auprès de la société Ets Bargibant pour les produits surgelés et auprès de l'OCEF pour la viande⁹².
86. Enfin, il y a lieu de relever qu'aux termes de ses deux mémoires complémentaires, la société plaignante « *entend faire valoir que [les pratiques reprochées] consistent en des offres de prix abusivement bas et en abus de position dominante* »⁹³.
87. Dans son mémoire n°1, la société Les Ets Bargibant évoque ainsi une première série de pratiques, selon elle, anticoncurrentielles consistant en « *l'offre de prix abusivement basse par la vente à perte* »⁹⁴. La vente à perte serait caractérisée par le différentiel entre le prix d'achat de la viande ovine importée et le prix de commercialisation de ces produits par l'OCEF en 2012 (- 41,7 millions F.CFP) qui aurait été motivé par une volonté d'évincer la société Ets Bargibant du marché à la suite de l'obtention de quotas d'importation par celle-ci.
88. Pour illustrer ses propos, l'entreprise plaignante s'appuie sur un extrait du rapport d'observations définitives de la Chambre Territoriale des Comptes du 7 décembre 2016 précité⁹⁵, et notamment sur un tableau présentant le différentiel de marge constaté et versé à l'ERPA au titre de la convention de régulation entre l'OCEF et l'ERPA sur la période 2010 et 2015 reproduit ci-après :

⁹⁰ Voir page 21 de la plainte « comme cela a été souligné dans le rapport de l'Autorité de la concurrence, *les boucheries et ateliers de découpe font face à un interlocuteur unique. Ils ne peuvent pas négocier les prix pratiqués par l'OCEF même avec des volumes d'achat importants et n'ont pas la possibilité de contourner l'OCEF pour les importations. L'abus de position dominante est ici manifeste* ».

⁹¹ Voir le procès-verbal d'audition du représentant des Ets Bargibant (annexe 9).

⁹² Voir les procès-verbaux d'audition du gérant de la SARL Le Fin Gourmet, M. Gérard Perraut (annexe 11) : « *Comment connaissez-vous la société Bargibant ? Cette société est l'un de mes plus anciens fournisseurs. J'ai toujours travaillé avec eux. Elle me fournit uniquement des surgelés dans mes activités traiteur. Elle ne me fournit pas de viande (...) J'achète ma viande auprès de l'OCEF. Je n'en prends pas chez Bargibant car je préfère travailler avec de la viande fraîche.* » et de M. Labrosse, ancien actionnaire majoritaire de la société Boucherie d'Auteuil et boucher à la retraite (annexe 10) : « *Comment connaissez-vous la société Bargibant ? Je leur achetais de la marchandise (magret de canard, blanc de poulet). Nous n'achetions pas de viande ovine chez eux ou alors seulement au tout début car cette société avait des prix élevés par rapport à l'OCEF. Nous n'achetions des produits à cette société que lorsque l'OCEF ne disposait pas de ces produits. Notre dernier achat auprès de la société Bargibant remonte à 4 ou 5 ans* ».

⁹³ Voir le Mémoire n°1 (page 1).

⁹⁴ Voir le Mémoire n°1. Les reventes à perte étant caractérisées par un différentiel de marge négatif sur la viande importée au titre de l'année 2011.

⁹⁵ Voir l'annexe 05-C correspondant à la pièce n°26 accompagnant le mémoire de la société Ets Bargibants : Rapport de la CTC du 7 décembre 2016 (et plus précisément la page 17 comprenant le tableau des « *versements de l'OCEF au titre de la convention de régulation (différentiel de marge)* »).

| En F CFP | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | Cumul 6 ans |
|-----------------------|------------|------------|-------------|-------------|-------------|-----------|-------------|
| Différentiel Effectif | 41 023 651 | 37 689 278 | -41 704 372 | 116 537 817 | 225 805 924 | 2 238 794 | 381 591 092 |
| Différentiel payé | 48 363 067 | 37 689 278 | 0 | 33 000 000 | 267 639 369 | 2 238 794 | 388 930 508 |
| Ecart | 7 339 416 | 0 | 41 704 372 | -83 537 817 | 41 833 445 | 0 | 7 339 416 |

Source : Rapport d'observations définitives sur la gestion de l'OCEF – Exercice 2010 et suivants

89. Auditionné sur le premier point, le représentant de l'OCEF a indiqué que : « *Le différentiel constaté résulte d'une augmentation conjointe des cours des devises et des viandes importées⁹⁶ qui fait que mécaniquement les prix de revient ont augmenté c'est ce qui nous a conduit à demander des revalorisations au GNC en 2011 pour l'agneau et fin 2013 pour ce qui concerne les autres types de viandes* »⁹⁷.
90. Sur le deuxième point relatif à la revente à perte ou à des prix abusivement bas, il a déclaré lors de son audition : « *A mon sens nous ne sommes pas en situation de revente à perte puisque le prix de vente est réglementé, je n'ai aucun pouvoir dessus. Nous avons déjà été en situation de marge déficitaire mais cela résultait d'une conjoncture défavorable* »⁹⁸.
91. Dans son mémoire n° 1, la société Ets Bargibant se plaint également de « *l'abus de position dominante [de l'OCEF] par l'affranchissement de tout compétitivité* » qui la conduirait à pratiquer des « *prix de vente excessifs* » comme le montrerait la comparaison des prix des gigots d'agneaux congelés vendus en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française.
92. Pour étayer cette pratique, elle produit un tableau intitulé : « *Indice du mois d'avril 2010 : série de prix moyens* » en Polynésie française⁹⁹ ainsi qu'une publicité consistant en une capture d'écran du site internet des magasins U de Polynésie française¹⁰⁰ qui montrent que le prix de vente au détail du gigot d'agneau congelé, faisant l'objet d'un encadrement des prix en tant que produit de première nécessité, était compris entre 662 et 1231 F.CFP/kg selon les enseignes, avec un prix moyen de 868 F.CFP/kg en avril 2010, alors qu'il était vendu plus cher en Nouvelle-Calédonie en raison de « *prix excessifs pratiqués par l'OCEF* », puisqu'en application des tarifs de gros en vigueur à l'époque, le gigot d'agneau congelé était déjà vendu par l'OCEF à 760 F.CFP/kg¹⁰¹.
93. Interrogé également sur cette pratique, le représentant de l'OCEF a déclaré lors de son audition : « *L'OCEF vend à des tarifs réglementés par le GNC, on ne fait qu'appliquer ces arrêtés* »¹⁰².
94. Dans son mémoire n°2, la société plaignante dénonce également l'absence de transparence des pratiques commerciales de l'OCEF en raison de l'impossibilité « *de contrôler l'activité*

⁹⁶ A l'appui de son argumentaire, le directeur de l'OCEF fait valoir « *qu'en tant que professionnel de la viande nous avons constaté une flambée des cours due à l'arrivée des pays du BRIC (Brésil, Russie, Inde et Chine) sur ces marchés, lesquels ont diminué leurs exportations par rapport à une plus forte demande intérieure. Le facteur majeur est la Chine* ». Il a fourni une capture d'écran réalisée sur le site « *XE Corporation* » sur la période du 28 mai 2009 au 31 juillet 2011 faisant état d'une appréciation du dollar NZ passant de 53,10 à un peu plus de 72 (annexe 15-D).

⁹⁷ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

⁹⁸ Voir le procès-verbal d'audition du représentant de l'OCEF (annexe 15).

⁹⁹ Sur ce document on peut lire que : « *la viande de mouton à rôtir surgelée : gigot d'agneau congelé (le kg) :* » pour 1kg « *prix moyen 868 et prix mini. 662 et prix maxi. 1.231 pour le mois d'avril 2010* » étant précisé que ce prix résultait de ceux de la liste des produits de première nécessité (PPN) soumis à une réglementation des prix spécifique et qu'une révision de la liste des PPN par le Conseil des ministres a depuis soustrait notamment les gigots d'agneau congelés du champ réglementé pour les basculer en produits à marge libre. (Annexe 01-U pièce 21 de la société plaignante).

¹⁰⁰ Cette publicité non datée consiste en une capture d'écran réalisée à partir du site www.magasin.u sur laquelle on peut lire « *895 F le kilo (PPN) gigot d'agneau origine NZ* » (voir annexe 05-C Bordereau de pièces complémentaires N° 2 p 55).

¹⁰¹ Voir le tableau des tarifs réglementés de vente en gros par l'OCEF au point 47.

¹⁰² Voir le procès-verbal d'audition de l'OCEF (annexe 15).

de l'OCEF et de vérifier si les pratiques commerciales répondent aux exigences de la réglementation en matière de pratique anticoncurrentielle ».

95. A la suite du dépôt de la plainte de la société Ets Bargibant, le service d'instruction a procédé à divers actes d'enquête avant de conclure à l'irrecevabilité de la plainte en raison de l'incompétence de l'Autorité et, au surplus, au rejet de la plainte pour défaut d'éléments probants, sur le fondement de l'article Lp. 462-8 du code de commerce.

II. Discussion

96. L'article Lp. 462-8 du code de commerce dispose que : *« L'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable (...) si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence. Elle peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants (...) ».*

A. Sur le respect de la procédure

97. Bien qu'elle n'ait pas strictement soulevé de moyens relatifs à l'irrégularité de la procédure, la société plaignante a fait part de son étonnement au cours de la séance sur deux points procéduraux.
98. En premier lieu, la société Ets Bargibant a souligné qu'elle avait été convoquée à la séance de l'Autorité du 23 avril 2020 par un courrier du service de la procédure du 3 avril 2020 lui indiquant que *« le service d'instruction proposera au collège le rejet de la saisine »* et *« qu'en application de l'article Lp. 462-8 du code précité et de l'article 70 de la décision du 21 février 2020 portant modification du règlement intérieur, l'Autorité de la concurrence peut rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ».*
99. Or, elle considère qu'au cours de la présentation orale du service d'instruction, ce dernier a principalement axé son argumentaire sur le fondement de l'irrecevabilité de la saisine en raison de l'incompétence de l'Autorité et seulement, à titre accessoire, proposé le rejet pour défaut d'éléments probants dans l'hypothèse où l'Autorité se déclarerait compétente.
100. La société plaignante estime donc que même si elle était en mesure de présenter ses observations sur la question de la compétence de l'Autorité au cours de la séance, elle n'avait pas été convoquée en raison d'une proposition d'irrecevabilité liée à l'incompétence de l'Autorité et qu'elle n'avait donc pas pu se préparer en amont de la séance.
101. L'Autorité observe que l'examen de la recevabilité de la saisine constitue toujours une étape indispensable avant toute discussion au fond. Il en résulte que l'exception d'incompétence peut être soulevée avant l'examen au fond de chaque saisine, que ce soit par les parties, par le service d'instruction voire par le président de séance dès lors que les parties disposent de la possibilité de formuler des observations sur ce point.
102. L'Autorité rappelle en outre qu'en cas de convocation en séance pour examiner une proposition de rejet pour défaut d'éléments probants, la procédure est exclusivement orale. Il en est de même en cas de convocation en séance à la suite d'une proposition d'irrecevabilité formulée par le service d'instruction. Dans ces deux hypothèses, la partie plaignante est invitée à présenter ses observations au cours de la séance après la présentation de la position du service d'instruction afin de pouvoir y répondre le cas échéant.

103. L'Autorité en déduit qu'en l'espèce, le service d'instruction était fondé à présenter oralement les raisons pour lesquelles il considère que l'Autorité n'est pas compétente pour examiner les pratiques alléguées avant de présenter les arguments pour lesquels, dans l'hypothèse où l'Autorité se déclarerait compétente, il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.
104. Elle constate également que la société Ets Bargibant a pu présenter ses observations tant pour contester l'exception d'irrecevabilité pour incompétence soulevée par le service d'instruction que ses arguments motivant sa proposition de rejet et qu'elle a disposé, pour ce faire, d'un temps de parole de 45 minutes, c'est-à-dire trois fois plus long que celui prévu initialement à l'ordre du jour¹⁰³.
105. En second lieu, la société Ets Bargibant s'est également étonnée de n'avoir pas pu avoir accès à l'ensemble des pièces du dossier résultant de l'enquête menée par le service d'instruction malgré sa demande par courriel du 15 avril 2020.
106. Le service de la procédure lui a répondu, par courriel du même jour, que « *la phase contradictoire d'examen d'une affaire ne s'ouvre que lors de la notification de griefs. En l'espèce, tel n'est pas le cas, le service d'instruction ayant proposé le rejet de la saisine fautive pour celle-ci d'être appuyée d'éléments suffisamment probants pour caractériser une violation des règles de la concurrence* ».
107. L'Autorité rappelle en effet qu'en application de l'article Lp. 463-1 du code de commerce, « *L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie sont contradictoire sous réserve des dispositions prévues à l'article Lp. 463-4* ». Cet article doit être lu en combinaison avec l'article Lp. 463-2 du même code qui précise que : « *Lorsqu'une pratique est susceptible de porter atteinte à la concurrence (...) le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint désigné par lui, notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, qui peuvent consulter le dossier sous réserve des dispositions de l'articles Lp. 463-4 et présenter leurs observations (...)* ».
108. Selon une jurisprudence constante relative à une procédure identique applicable devant l'Autorité métropolitaine de la concurrence : « *aux termes des dispositions combinées des articles L 463-1 et L 463-2 du Code de commerce, c'est la notification des griefs qui marque l'ouverture de la procédure contradictoire.* ¹⁰⁴ ». La Cour de cassation considère également que « *le respect de la contradiction, qui s'impose pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction et non de l'enquête, laquelle doit seulement être loyale afin de ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense* »¹⁰⁵.
109. De la même manière, l'article Lp. 463-1 du code de commerce doit être lu en combinaison avec l'article Lp. 464-6 du même code qui dispose que « *Lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, l'autorité de la concurrence peut, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure. Cette décision est motivée* ».

¹⁰³ Voir l'ordre du jour de la séance du 23 avril 2020 et le procès-verbal de séance n° 2020/06 du même jour.

¹⁰⁴ Voir par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel, Paris, 1re chambre, section H, 2 Octobre 2007 – n° 2006/12253.

¹⁰⁵ Cour de cassation, chambre commerciale économique et financière, 9 janvier 2019, pourvoi n° P 16-14.727, à propos de la procédure d'instruction mise en œuvre par l'Autorité des marchés financiers.

110. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le droit d'accès au dossier qui conditionne l'effectivité du respect du principe du contradictoire ne s'ouvre qu'à compter de la notification des griefs ou de la proposition de non-lieu envoyée par le service d'instruction de l'Autorité à l'issue de son enquête.
111. En l'espèce, compte tenu de la proposition du service d'instruction de déclarer, à l'issue de son enquête, la saisine de la société Ets Bargibant irrecevable en raison de l'incompétence de l'Autorité ou, à défaut, de rejeter la saisine faute d'éléments suffisamment probants, sur le fondement de l'article Lp. 462-8 du code de commerce, aucune notification de griefs ni proposition de non-lieu n'a été produite. Dès lors, la partie plaignante ne pouvait avoir accès à l'ensemble des pièces du dossier recueillies pendant la phase d'enquête.

B. Sur la compétence de l'Autorité

112. Au cours de la séance, le service d'instruction a soutenu, à titre principal, que les pratiques dénoncées par la société Ets Bargibant n'entrent pas dans le champ de compétence de l'Autorité car elles visent à contester le monopole légal de l'importation de la viande ovine par l'OCEF ainsi que les prix de vente de la viande ovine fraîche, réfrigérée ou congelée locale et importée, lesquels sont fixés unilatéralement par arrêté du gouvernement dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique, dont la légalité au regard du droit de la concurrence ne peut être contestée que devant le juge administratif.
113. A titre subsidiaire, le service d'instruction a considéré que les pratiques alléguées ne sont pas appuyées d'éléments suffisamment probants pour démontrer un éventuel abus de position dominante de l'OCEF sur la période considérée et a souligné qu'en tout état de cause, les pratiques de revente à perte et de prix de vente abusivement bas portant sur des faits remontant à plus de cinq ans à compter de la saisine, seraient prescrites en application de l'article Lp. 462-7 du code de commerce.
114. La société plaignante a contesté cette analyse en tous points.
115. Elle considère tout d'abord que l'Autorité est compétente pour examiner les pratiques tarifaires de l'OCEF qui lui semblent détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique car, à l'époque visée, ce dernier ne disposait pas d'un monopole légal d'importation mais d'un monopole réglementaire dont la validité avait été remise en cause à plusieurs reprises par le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie et par la Cour d'appel de Paris avant l'entrée en vigueur de la loi de validation du 17 octobre 2011 précitée. En outre, le fait qu'en 2012 l'OCEF ait subi un différentiel de prix négatif entre ses prix d'achat à l'importation et les prix de vente réglementés démontrerait une pratique de vente à perte et de prix abusivement bas consécutive à l'entrée sur le marché de la société Bargibant, celle-ci ayant obtenu un quota d'importation de 199 tonnes d'agneau congelé en 2010. De plus, le fait qu'à compter de 2013, le différentiel de prix de la viande ovine n'ait fait qu'augmenter pour atteindre 225 millions de F.CFP en 2014 alors que les volumes importés sont restés stables caractériserait le non-respect par l'OCEF des prix réglementés pour maximiser sa marge et alimenter ainsi l'ERPA au détriment des consommateurs qui auraient pu bénéficier d'une révision de ses prix de vente à la baisse. Enfin, d'une manière plus générale, le représentant de la société plaignante conteste le bien-fondé du monopole légal d'importation de l'OCEF et considère que « *La délibération du 26 mai 2003 confère à l'OCEF des droits exclusifs dont le simple exercice débouche sur l'exploitation abusive d'une position dominante et restreint ou fausse le jeu de la concurrence* »¹⁰⁶. La société plaignante s'appuie sur le rapport de

¹⁰⁶ Voir page 22 de la plainte.

l'Autorité de la concurrence métropolitaine du 21 septembre 2012 *relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie* pour soutenir que : « *L'abus de position dominante est ici manifeste* »¹⁰⁷.

116. A titre liminaire, l'Autorité considère que lorsqu'elle est saisie en matière contentieuse sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, elle n'a pas vocation à se prononcer sur l'opportunité ou non de modifier la réglementation en vigueur au motif qu'elle conduirait à restreindre la liberté d'entreprendre et la libre concurrence en poursuivant un autre motif d'intérêt général, comme en l'espèce, « *l'écoulement prioritaire de la production locale tout en satisfaisant les besoins, tant au point de vue qualitatif que quantitatif dans des conditions optimales d'hygiène publique* »¹⁰⁸.

117. Par ailleurs, dans sa décision n° 2019-PCR-01 du 29 janvier 2019, l'Autorité a rappelé le champ de sa compétence de la manière suivante :

« L'Autorité confirme qu'en application de l'article Lp. 462-5 du code de commerce, elle peut être saisie de toute pratique mentionnée aux titres II et IV du livre IV du code de commerce. Elle précise néanmoins qu'en application du premier alinéa de l'article Lp. 462-6 du code de commerce, elle est compétente pour examiner si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ :

– des pratiques anticoncurrentielles mentionnées au titre II du code de commerce (les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante ou de dépendance économique, les accords exclusifs d'importation, ou encore la pratique de prix abusivement bas). Le cas échéant, l'Autorité est compétente pour sanctionner ces pratiques anticoncurrentielles dans les conditions prévues à l'article Lp. 464-2 du code de commerce. Il s'agit alors de sanctions administratives

– et/ou des pratiques mentionnées au titre IV du livre IV du code de commerce (...)»¹⁰⁹.

118. L'article Lp. 410-1 du code de commerce soumet aux règles définies notamment au titre II du livre IV du code de commerce, consacré aux pratiques anticoncurrentielles, « *toutes les activités de production, de distribution et de service y compris celles qui sont le fait de personnes publiques notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Constitue donc une activité économique, toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, y compris si cette activité est le fait de personnes publiques.

119. En l'espèce, les pratiques alléguées à l'encontre de l'OCEF, qui est un établissement public industriel et commercial, entrent donc dans le champ des pratiques anticoncurrentielles visées au titre II du code de commerce.

120. Toutefois, s'agissant d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par un établissement public industriel et commercial, il convient de déterminer également la juridiction compétente pour apprécier la légalité de ces pratiques au regard du droit de la concurrence.

¹⁰⁷ Voir page 21 de la plainte « comme cela a été souligné dans le rapport de l'Autorité de la concurrence, *les boucheries et ateliers de découpe font face à un interlocuteur unique. Ils ne peuvent pas négocier les prix pratiqués par l'OCEF même avec des volumes d'achat importants et n'ont pas la possibilité de contourner l'OCEF pour les importations. L'abus de position dominante est ici manifeste* ».

¹⁰⁸ Voir les statuts de l'OCEF précités.

¹⁰⁹ Voir la décision n°2019-PCR-01 du 29 janvier 2019 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'entretien et la réparation des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie*.

121. Conformément à une jurisprudence constante du Tribunal des conflits¹¹⁰, l’Autorité a rappelé dans son avis n° 2019-A-02 du 18 juillet 2019 que :

« Le droit de la concurrence est applicable, et à tout le moins opposable, aux personnes publiques et la grille de partage des compétences juridictionnelles est la suivante :

– lorsque les pratiques ou la décision en cause traduisent l’exercice de prérogatives de puissance publique ou portent sur l’organisation même du service public, le juge administratif est exclusivement compétent pour apprécier la légalité de ces actes unilatéraux au regard du droit de la concurrence qui leur est opposable (...)

– lorsque ces pratiques ou décisions unilatérales sont détachables de l’exercice de prérogatives de puissance publique et qu’elles présentent un caractère économique, l’Autorité de la concurrence est seule compétente pour contrôler le respect des règles de la concurrence. Tel est particulièrement le cas des pratiques anticoncurrentielles qui seraient mises en œuvre par une personne publique exerçant une activité économique » (Soulignements et gras ajoutés)¹¹¹.

122. En l’espèce, les pratiques d’abus de position dominante alléguées à l’encontre de l’OCEF résultent de l’exercice de son monopole d’importation de viande, notamment ovine, au titre de la délibération du 26 mai 2003 précitée, qui a été confortée par la loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1^{er} et 2 de cette délibération.

123. L’article unique de cette loi du pays précise en effet que : *« Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les actes réglementaires et individuels pris en application des articles 1er et 2 de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie sont validés en tant que leur légalité serait contestée par le moyen tiré de ce que l’exclusivité que ces dispositions confèrent à l’office de commercialisation et d’entreposage frigorifique pour importer des viandes et abats des espèces bovines, porcines, ovines, caprines, chevalines et cervidés porterait au principe de liberté du commerce et de l’industrie une atteinte excessive qui ne serait pas justifiée par un motif d’intérêt général suffisant. »* (Soulignements ajoutés).

124. Au surplus, le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 précitée relative à la conformité de cette loi du pays à la Constitution que : *« L’OCEF est un établissement public industriel et commercial chargé d’une « mission de service public de régulation du marché de viandes en Nouvelle-Calédonie (...) ; que, dans le*

¹¹⁰ S’agissant de la gestion du domaine public, le Tribunal des conflits a jugé, dans sa décision Aéroports de Paris et compagnie Air France c/TAT European Airline Sarl, du 18 octobre 1999, que les décisions par lesquelles les personnes publiques exercent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, même lorsque ces décisions constituent des actes de production, de distribution ou de service au sens de l’article L. 410-1 du code de commerce, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence et qu’il en est de même des pratiques qui sont indissociables de ces décisions. En l’espèce, le Tribunal des conflits a estimé *« que les décisions de regrouper à l’aérogare d’Orly-Ouest les activités du groupe Air-France et de refuser à la société TAT European Airlines d’ouvrir de nouvelles lignes à partir de cette aérogare qui se rattachent à la gestion du domaine public constituent l’usage de prérogatives de puissance publique ; [...] »*. Dans le même sens, la Cour de cassation a jugé que *« les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d’un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et qui peuvent constituer des actes de production, de distribution et de services au sens de l’article 53 de l’ordonnance du 1er décembre 1986 entrant dans son champ d’application, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence »* (arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000, « Semmaris », n° 98-11800). Enfin, l’arrêt Gisserot du Tribunal des conflits, du 4 mai 2009 (décision du 4 mai 2009 du Tribunal des conflits, « Société Editions Jean-Paul Gisserot », n° C3714, au recueil), a confirmé que l’Autorité n’est pas compétente pour connaître *« des décisions ou actes portant sur l’organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique »*.

¹¹¹ Voir l’avis n°2019-A-02 du 18 juillet 2019 de l’ACNC relatif au renouvellement du contrat de concession de la distribution d’énergie électrique de la commune de Nouméa (Point 131).

cadre de cette mission, la délibération du 26 mai 2003 a également confié à l'OCEF le monopole d'importation des viandes ; qu'eu égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'OCEF en complément de sa mission de service public par la délibération du 26 mai 2003 ne revêt pas un caractère disproportionné » (Soulignements ajoutés)¹¹².

125. Il s'ensuit que les pratiques reprochées à l'OCEF relèvent directement de l'exercice de prérogatives de puissance publique et de l'organisation même du service public en Nouvelle-Calédonie. Par conséquent, l'Autorité n'est pas compétente pour juger de la légalité des pratiques commerciales de l'OCEF prises sur le fondement de la délibération du 26 mai 2003 et mises en œuvre sur le marché amont de l'importation de viande en Nouvelle-Calédonie.
126. De même, les pratiques d'abus de position dominante alléguées à l'encontre de l'OCEF en raison des conditions de commercialisation de la viande ovine sur les marchés aval entrent également dans le champ de l'exercice de prérogative de puissance publique dans la mesure où la marge réglementaire de l'OCEF ainsi que les tarifs de commercialisation des viandes locales et importées contestés sont fixés par arrêtés du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie conformément à la compétence qui lui est dévolue par le 7° de l'article 127 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle Calédonie¹¹³. Actuellement, l'arrêté n° 2018-2383/GNC du 25 septembre 2018 fixe les prix maximums de vente par l'OCEF aux professionnels du gigot d'agneau importé à 1.066 F.CFP/kg lorsqu'il est conservé à l'état réfrigéré et à 1.017 F.CFP/kg lorsqu'il est congelé.
127. Or, il ressort d'une jurisprudence constante en métropole que les prérogatives de puissance publique sont notamment « caractérisées par la fixation unilatérale de ces tarifs sans négociation possible de celui auxquels ils s'appliquent et par la possibilité, pour l'administration, de les modifier à tout moment. ¹¹⁴ ». La Cour de cassation a elle-même rappelé que la contestation de ces tarifs relève de la compétence du juge administratif¹¹⁵.
128. L'Autorité observe d'ailleurs que le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie se déclare systématiquement compétent pour examiner la légalité des tarifs de commercialisation de la viande par l'OCEF. A titre d'exemple, dans deux décisions successives¹¹⁶, le tribunal administratif a rejeté les requêtes de groupements professionnels à l'encontre de hausses tarifaires actées en décembre 2013.
129. L'Autorité en déduit qu'elle n'est pas compétente pour connaître de la légalité d'éventuelles pratiques de revente à perte, de prix abusivement bas ou de prix excessifs résultant de l'application par l'OCEF des marges et tarifs réglementés fixés par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique.
130. Pour tous ces motifs, la saisine doit donc être déclarée irrecevable en application du 1^{er} alinéa de l'article Lp. 462-8 du code de commerce.

¹¹² Voir la décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 du Conseil constitutionnel.

¹¹³ Selon l'article 127 de la loi organique, « Le gouvernement : (...) 7° fixe les prix et les tarifs réglementés ; (...) »

¹¹⁴ Voir Conseil de la concurrence n° 07-D-27 du 31 juillet 2007. Point n° 58

¹¹⁵ Voir notamment Conseil de la concurrence, décision n° 01-D-78 du 6 déc. 2001 relative aux tarifs de l'INSEE, décision n° 01-D-05, 5 avril 2001 relative à la fixation de tarifs de prestations médicales, et Cour de cassation du 6 févr. 2007, n° 05-21.948 sur les tarifs d'hébergement des personnes âgées dans les CCAS.

¹¹⁶ Voir les décisions du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie N° [140097](#) et N° [1400098](#) du 30 octobre 2014.

DÉCISION

Article 1^{er} : La saisine de la société Ets Bargibant enregistrée sous le numéro 18/0004PAC est déclarée irrecevable en application du 1^{er} alinéa de l'article Lp. 462-8 du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Charlotte Ivami, rapporteure et l'intervention de Mme Virginie Cramenil de Laleu, rapporteure générale, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président et MM. Buchberger et Simpson, membres.

La secrétaire de séance

La Présidente de l'Autorité



Marie-Christine Marzin

Aurélie Zoude Le Berre