

**Avis n° 2025-A-04 du 20 juin 2025 (rect)
relatif à l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative
du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Livre IV)**

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

Vu la saisine du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en date du 11 avril 2025, enregistrée le 18 avril 2025 sous le numéro 25-0006A, sollicitant l'avis de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « Autorité »), sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « Code de commerce »), sur l'avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (Livre IV) ;

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

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

Vu le Code de commerce et notamment son article Lp. 462-2 ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu le rapport du service d'instruction en date du 10 juin 2025 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale, les rapporteurs, le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 18 juin 2025 ;

Après en avoir délibéré le même jour, est d'avis de présenter les observations qui suivent :

Résumé

L'Autorité a été saisie le 11 avril 2025 par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'une demande d'avis sur l'avant-projet de loi du pays modifiant la partie législative du Code de commerce, sur le fondement de l'article Lp. 462-2 du Code de commerce.

Ce projet de texte vise notamment à clarifier et adapter les règles applicables en matière de pratiques anticoncurrentielles, de contrôle des concentrations et des surfaces commerciales, de régulation de marché et de pratiques commerciales restrictives, tout en réformant certains aspects du fonctionnement interne de l'Autorité.

L'Autorité émet un avis globalement favorable à la réforme engagée, tout en formulant **19 recommandations** destinées à renforcer sa cohérence, sa sécurité juridique et son efficacité.

S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité soutient l'introduction des pratiques de marges ou de prix excessifs dans les abus de position dominante, mais recommande de les intégrer directement dans la liste des abus déjà visés au premier alinéa de l'article Lp. 421-2, sans créer un alinéa autonome (recommandation n° 1). Elle accueille favorablement l'élargissement du mécanisme d'injonction structurelle prévu à l'article Lp. 422-1, qui permettrait d'agir plus efficacement sur les causes structurelles d'un dysfonctionnement de marché, mais propose une rédaction alternative, fondée sur l'existence préalable d'une position dominante, afin de préserver la sécurité juridique et la constitutionnalité du dispositif (recommandation n° 2). Enfin, elle recommande de réserver à une délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie, et non à un simple arrêté du gouvernement, la possibilité d'exonérer des pratiques anticoncurrentielles (recommandation n° 3).

S'agissant du contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail, l'Autorité alerte sur la multiplication des renvois à des arrêtés, y compris pour des délais et procédures relevant du domaine législatif ou encadrant l'exercice des droits de la défense, et recommande une codification directe dans le Code de commerce (recommandation n° 4), avec, le cas échéant, une faculté de suspension des délais d'examen pour renforcer la souplesse de la procédure (recommandation n° 5). Elle propose également des modifications de certaines dispositions afin de clarifier les garanties procédurales offertes aux entreprises poursuivies pour violation des règles relatives au contrôle des concentrations et des surfaces commerciales (recommandation n° 6) et également afin d'éviter toute confusion sur le déroulement de l'examen approfondi (recommandation n° 7). D'un point de vue technique, elle recommande de :

- simplifier la rédaction des exclusions du champ de compétence de l'Autorité prévues à l'article Lp. 431-2 (recommandation n° 8) ;
- clarifier les conditions de notification des changements de secteur d'activité (recommandation n° 9) ;
- intégrer dans la partie réglementaire du Code de commerce le contenu des dossiers de notification actuellement prévu par arrêtés, afin d'en améliorer la lisibilité et de supprimer les informations non essentielles (recommandation n° 10).

S'agissant des mesures de régulation de marché, l'Autorité regrette l'absence d'une réforme globale, malgré l'introduction de deux mécanismes nouveaux : la saisine obligatoire de l'Autorité en cas de renouvellement de mesures et un régime dérogatoire destiné aux entreprises dont l'outil de production a été détruit. Concernant la procédure d'avis de l'Autorité pour les demandes d'instauration, de modification ou de renouvellement, l'Autorité recommande que la saisine ne soit pas systématique mais laissée à l'appréciation du gouvernement ou à son initiative propre lorsqu'un risque concurrentiel significatif est identifié. Pour lui permettre d'exercer utilement cette faculté d'auto-saisine, elle propose que le gouvernement l'informe de tout dépôt de demande. Elle recommande également d'unifier les délais de réponse en substituant, au délai spécifique de 20 jours prévu pour les renouvellements, le délai de 40 jours ouvrés fixé par le Code de commerce pour les autres avis (recommandations n° 11 et n° 12). S'agissant du régime exceptionnel, l'Autorité prend acte de son adoption, sans réelle consultation

préalable ni évaluation d'impact. Elle regrette que ce mécanisme se substitue à des dispositifs d'aide ciblés qu'elle avait préconisés à la suite des émeutes de mai 2024.

S'agissant des pratiques commerciales restrictives, l'Autorité approuve les clarifications apportées aux délais de paiement, notamment celle relative au point de départ du délai, désormais fixé à la date d'émission de la facture. Elle recommande toutefois de relever les plafonds de sanctions en cas de non-respect de ces délais, afin de garantir leur efficacité dissuasive (recommandation n° 13). Plus largement, elle propose d'harmoniser les sanctions applicables à l'ensemble des manquements prévus au titre IV du livre IV du Code de commerce, qu'il s'agisse d'obligations de transparence ou de pratiques restrictives de concurrence, afin de renforcer la cohérence et l'effectivité du dispositif répressif (recommandation n° 14). Elle réitère par ailleurs sa recommandation de supprimer l'interdiction de revente à perte codifiée à l'article Lp. 442-2, qui entrave la liberté tarifaire des distributeurs et limite leur capacité à répercuter des baisses de coûts au bénéfice des consommateurs (recommandation n° 15).

Enfin, **s'agissant du fonctionnement de l'Autorité**, l'avant-projet de loi du pays propose plusieurs avancées, que l'Autorité salue tout en suggérant des ajustements importants pour renforcer son efficacité. Elle recommande ainsi d'inscrire explicitement dans la loi les règles d'intérim du président et du rapporteur général en cas de vacance de poste (recommandations n° 16), d'harmoniser les règles d'incompatibilité du rapporteur général avec celles applicables aux membres du Collège (recommandation n° 17), d'élargir la liste des décisions pouvant être prises directement par le président, sans réunion du Collège, afin de fluidifier le traitement des affaires (recommandation n° 18) et de mettre en place un suivi systématique de ses recommandations, dans une logique d'évaluation des politiques publiques (recommandation n° 19).

L'ensemble de ces recommandations vise à accompagner utilement le gouvernement dans sa réforme, en assurant un meilleur équilibre entre souplesse procédurale, sécurité juridique et effectivité des dispositifs.

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de l'avis ci-après.)

Table des matières

Introduction.....	6
I. Sur les modifications du cadre applicable aux pratiques anticoncurrentielles	7
A. Précision du champ de l'article Lp. 421-2 du Code de commerce.....	7
B. Adaptation du régime de l'injonction structurelle aux réalités du marché calédonien	8
C. Champ et application du mécanisme d'exemption prévu à l'article Lp. 421-4 du Code de commerce.....	9
II. Sur les modifications du cadre applicable au contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail.....	10
A. Les évolutions envisagées des délais d'examen et des procédures en cas d'infraction	10
1. Des renvois excessifs à des arrêtés du gouvernement.....	10
2. Les modifications alternatives proposées par l'Autorité.....	12
B. Les aménagements prévus à la procédure de notification et au champ des opérations notifiables	14
III. Sur les dispositions relatives aux mesures de régulation de marché	15
A. Concernant la saisine de l'Autorité à l'occasion des renouvellements de mesures de régulation	16
B. Concernant le dispositif dérogatoire au bénéfice des entreprises dont l'outil industriel a été détruit.....	18
1. Présentation générale du dispositif.....	18
2. Dérogation aux mesures de restrictions quantitatives à l'importation, sous forme de quotas d'importation	19
3. Exonération des droits et taxes exigibles à l'importation	19
4. Prolongation de la durée des mesures de régulation existantes.....	20
5. Engagements et contreparties exigés des entreprises bénéficiaires.....	20
IV. Sur les modifications du cadre applicable à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence	21
A. Les modifications proposées ne suscitant pas de réserve de l'Autorité	21
B. L'évolution des règles relatives aux délais de paiement entre professionnels .	23
1. S'agissant de la clarification du point de départ du délai de paiement légal et la durée de règlement portée à 45 jours	23

2.	S'agissant du caractère insuffisamment dissuasif du niveau de la sanction en cas de non-respect des délais de paiement.....	24
C.	La suppression souhaitable de l'interdiction de revente à perte	25
V.	Sur la modification des règles d'organisation et de fonctionnement de l'Autorité	26
A.	La désignation d'un président ou d'un rapporteur général par intérim en cas de vacance de poste.....	27
B.	Les règles d'incompatibilité applicables à la fonction de rapporteur général ...	28
C.	L'élargissement des décisions pouvant être prises par le président de l'Autorité seul.....	29
D.	L'amélioration du suivi des recommandations de l'Autorité	29

Introduction

1. Par courrier en date du 11 avril 2025, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi l’Autorité pour avis sur un avant-projet de loi du pays modifiant la partie législative du Code de commerce (ci-après « avant-projet de loi du pays »).
2. Cette saisine est fondée sur l’article Lp. 462-2 du Code de commerce, lequel prévoit que l’Autorité est consultée de manière obligatoire par le gouvernement « *sur tout avant-projet de loi du pays et projet de délibération et d’arrêté relatifs à toute modification des titres II, III, IV, V, VI et VII du livre IV de la partie législative et réglementaire du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie* ».
3. Elle intervient après la consultation du Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « CESE ») lequel a rendu, le 22 janvier 2025, un avis réservé adopté à la majorité des conseillers sur cet avant-projet, comprenant dix recommandations¹.
4. L’avant-projet de loi du pays soumis à l’avis de l’Autorité a pour objet principal de modifier le livre IV « *De la liberté des prix et de la concurrence* » de la partie législative du Code de commerce. A ce titre, il :
 - précise ou modifie les dispositions procédurales applicables devant l’Autorité, ainsi que celles relatives à son fonctionnement et à sa saisine (29 à 39) ;
 - clarifie et complète les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (articles 5 à 7), au contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail (articles 8 à 18), ainsi qu’à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence (article 19 à 27) ;
 - modifie les dispositions applicables en matière de délais de paiement (article 28) ;
 - introduit de nouvelles dispositions relatives aux mesures de régulation de marché (articles 3 et 4) afin de tenir compte des conséquences de la crise insurrectionnelle ayant conduit à la destruction des locaux et équipements de certaines entreprises bénéficiaires de ces mesures.
5. Par ailleurs, indépendamment de ces ajustements, pour l’essentiel sollicités par les entreprises, les institutions ou par l’Autorité elle-même, l’avant-projet de loi du pays prévoit également une modification de la loi du pays n° 2019-5 du 6 février 2019 portant régulation des marchés imposant au gouvernement de saisir l’Autorité pour avis en cas de demande de renouvellement de mesures de régulation de marché (article 40).
6. Le présent avis a pour objet d’analyser les impacts des modifications législatives envisagées et de formuler, le cas échéant, des recommandations sur les dispositions qui, selon l’Autorité, nécessitent d’être amendées. Dans la mesure où l’avant-projet de loi du pays affecte directement les règles appliquées par l’Autorité, ainsi que son organisation et son fonctionnement internes, les recommandations qu’elle formule s’appuient sur l’expérience tirée de ses sept années d’activité depuis sa création en 2018.
7. Le présent avis examine ainsi successivement les modifications envisagées par l’avant-projet de loi du pays en matière de pratiques anticoncurrentielles (I), de contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail (II), de mesures de régulation de marché (III), de pratiques commerciales restrictives (IV), ainsi que d’organisation et de fonctionnement interne de l’Autorité (V).

¹ Avis du CESE n° 24/2024 du 22 janvier 2025 concernant l’avant-projet de loi du pays portant modification de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

I. Sur les modifications du cadre applicable aux pratiques anticoncurrentielles

A. Précision du champ de l'article Lp. 421-2 du Code de commerce

8. **L'article 5 de l'avant-projet de loi du pays** modifie l'article Lp. 421-2 du Code de commerce dans le but d'intégrer, parmi les comportements susceptibles de constituer un abus de position dominante, la pratique de marges ou de prix excessifs. Il s'agit, par cette précision, de rappeler aux entreprises que de tels comportements peuvent être sanctionnés au titre de l'interdiction des abus de position dominante.
9. Cette orientation s'inscrit dans une tradition bien établie en droit de la concurrence. En effet, dans sa rédaction d'origine fixée par le traité de Rome conclu le 25 mars 1957, l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) permet de sanctionner une entreprise en position dominante qui pratique des prix ou des marges excessifs au titre des « *prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables* ». Cette approche a été consacrée par la jurisprudence tant européenne² que nationale³.
10. La modification projetée vise ainsi à codifier, au sein du droit applicable en Nouvelle-Calédonie, une jurisprudence constante autorisant la sanction de prix ou de marges excessifs lorsqu'ils émanent d'une entreprise en position dominante.
11. Toutefois, la rédaction initialement proposée, qui introduit un nouvel alinéa relatif à l'imposition directe ou indirecte de « *prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction excessifs ou inéquitables* », soulève des difficultés. En particulier, la notion « *d'autres conditions de transaction excessifs ou inéquitables* » apparaît à la fois vague et peu usuelle en droit de la concurrence, ce qui est de nature à nuire à l'intelligibilité du texte et à fragiliser la sécurité juridique des opérateurs économiques, dans la mesure où son champ d'application reste incertain.
12. En outre, le recours à un nouvel alinéa distinct pour traiter des prix excessifs pourrait laisser croire qu'il s'agit d'un régime autonome, alors même que cette pratique relève du droit commun des abus de position dominante.
13. Dès lors, l'Autorité recommande une modification rédactionnelle juridiquement plus claire, consistant à intégrer directement la notion de « prix ou marges excessifs » dans l'énumération des abus visés au premier alinéa de l'article Lp. 421-2, aux côtés, par exemple, des pratiques de refus de vente ou de ventes liées.

Recommandation n° 1 : l'Autorité recommande de modifier le premier alinéa de l'article Lp. 421-2 du Code de commerce en ajoutant, à la deuxième phrase, après les mots « *en ventes liées* », les mots « *en prix et marges excessifs* ».

² CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. n° 27/76, §252.

³ CA Paris, 7 mars 2024, n° 20/13093 ; voir aussi la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine n° 22-D-26 du 22 décembre 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du contrôle technique des poids lourds en Guadeloupe.

B. Adaptation du régime de l'injonction structurelle aux réalités du marché calédonien

14. **L'article 7 de l'avant-projet de loi du pays** modifie l'article Lp. 422-1 du Code de commerce relatif au mécanisme d'injonction structurelle. Cet outil n'a, à ce jour, jamais été mobilisé en Nouvelle-Calédonie ni dans les autres territoires ultramarins en raison de son champ d'application restrictif, qui rend son utilisation particulièrement complexe.
15. En l'état actuel, l'injonction structurelle ne peut être envisagée qu'en cas de préoccupations de concurrence liées à des « *prix ou marges élevés que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique, en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné* ».
16. Or, ce critère, centré exclusivement sur les prix, limite excessivement le champ d'intervention de l'Autorité. Si, en Nouvelle-Calédonie, les comportements anticoncurrentiels aboutissent souvent à des prix élevés, d'autres pratiques, notamment contractuelles, peuvent cloisonner les marchés et restreindre la concurrence sans nécessairement générer de tels effets tarifaires.
17. La notion d'abus doit donc être décorrélée de la seule question du niveau des prix. En ce sens, l'Autorité salue l'intention portée par l'article 7 de l'avant-projet de loi du pays d'élargir le champ d'application de l'injonction structurelle, afin qu'elle puisse viser au-delà des seules préoccupations liées à des prix ou marges élevés.
18. En outre, la condition actuelle tenant à la comparaison avec les « *moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné* » apparaît particulièrement difficile à satisfaire dans le contexte calédonien. En effet, sur un territoire caractérisé par l'étroitesse de ses marchés et la concentration de certains secteurs, les prix pratiqués par les quelques entreprises en activité ne peuvent être regardés comme représentatifs d'une moyenne concurrentielle. La comparaison est ainsi inopérante, voire artificielle. À défaut de référent local, une comparaison avec d'autres territoires du Pacifique pourrait être envisagée, mais cette approche, en plus d'être techniquement complexe, n'est pas prévue par le texte.
19. L'avant-projet de loi du pays prévoit donc, à juste titre, de supprimer l'obligation de référence à cette moyenne sectorielle, ce qui constitue une simplification bienvenue, de nature à faciliter l'effectivité du dispositif.
20. Il convient, au demeurant, de rappeler que l'injonction structurelle n'a pas vocation à sanctionner des comportements illicites, mais à décloisonner un marché pertinent ou à remédier à ses dysfonctionnements. Elle poursuit donc une finalité distincte de celle du droit des pratiques anticoncurrentielles.
21. C'est dans cette perspective que l'Autorité a proposé au gouvernement d'envisager une évolution vers un régime de régulation inspiré du modèle de l'Autorité de la concurrence britannique (*Competition and Markets Authority*), fondé sur le mécanisme de « *market investigation* ». Ce dispositif, également repris dans plusieurs pays européens (tels que la Grèce, l'Italie ou l'Allemagne), permet d'agir sur les causes structurelles d'un dysfonctionnement de marché sans rattachement nécessaire à un abus de position dominante, en se fondant sur les « *caractéristiques propres à la structure et au fonctionnement du marché pertinent* ». L'article 7 de l'avant-projet de loi du pays s'inscrit dans cette logique.
22. Toutefois, l'Autorité demeure consciente des enjeux constitutionnels attachés à une telle extension du dispositif, notamment au regard du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre, de l'exigence d'intelligibilité de la norme et de la sécurité juridique. Dans cette hypothèse, il conviendrait de privilégier une rédaction plus classique et juridiquement éprouvée.

23. À cette fin, l'Autorité propose une rédaction alternative de l'article Lp. 422-1 du Code de commerce, permettant d'assouplir les conditions de mise en œuvre de l'injonction structurelle tout en l'adossant à l'existence d'une position dominante et à des pratiques relevant des articles Lp. 421-2 ou Lp. 421-2-1.

Recommandation n° 2 : l'Autorité recommande de modifier le premier alinéa du I de l'article Lp. 422-1 du Code de commerce comme suit : « *En cas d'existence d'une position dominante détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés, que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique, en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné,* » sont remplacés par les mots « *En cas d'existence d'une position dominante détenue par une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de pratiques relevant des articles Lp. 421-2 ou Lp. 421-2-1,* ».

C. Champ et application du mécanisme d'exemption prévu à l'article Lp. 421-4 du Code de commerce

24. L'article Lp. 421-4 du Code de commerce prévoit que certaines pratiques ne sont pas soumises, sous conditions, aux dispositions des articles Lp. 421-1 et Lp. 421-2-1, prohibant respectivement les ententes anticoncurrentielles et les pratiques d'accords exclusifs d'importation en Nouvelle-Calédonie.
25. **L'article 6 de l'avant-projet de loi du pays** complète ce dispositif en ajoutant à cette liste l'article Lp. 421-2, relatif aux pratiques d'abus de position dominante, qui sont classiquement mentionnées parmi celles susceptibles d'être exonérées, dans les mêmes conditions que les autres. L'Autorité est favorable à cette évolution, qui vient combler une omission manifeste du droit en vigueur.
26. Toutefois, l'Autorité appelle l'attention du législateur sur la rédaction actuelle du 1° du I de l'article Lp. 421-4, qui permet, par un simple acte réglementaire, un arrêté du gouvernement, de soustraire à l'application de la loi les pratiques visées aux articles Lp. 421-1, Lp. 421-2-1, et, à terme, Lp. 421-2. Une telle faculté, qui conduit à écarter l'application de règles de nature législative par un acte de rang inférieur, soulève des interrogations en matière de hiérarchie des normes.
27. En droit métropolitain, une dérogation aux règles de concurrence n'est admise que lorsque les pratiques en cause « *résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* » (soulignement ajouté)⁴. Ce cadre, plus restrictif, assure que l'exonération repose sur une norme de rang suffisant, en cohérence avec le niveau des dispositions qu'elle vient écarter.
28. Dans cette perspective, l'Autorité recommande à tout le moins de substituer à la référence à un acte réglementaire celle d'une délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie, mieux à même à encadrer la dérogation de portée réglementaire.

Recommandation n° 3 : l'Autorité recommande de modifier le deuxième alinéa du I de l'article Lp. 421-4 du Code de commerce en remplaçant le mot « *réglementaire* » par les mots « *d'une délibération du congrès* ».

⁴ Le juge administratif a eu l'occasion de contrôler cette disposition, justifiant l'exclusion de l'application des règles de concurrence par la loi. En revanche, pour les textes réglementaires, l'administration doit respecter les dispositions du droit de la concurrence insérées dans le Code de commerce (CE, 29 octobre 2008, *Le LEEM – Les entreprises du médicament*, n° 306449 ; CE, 9 mars 2018, *Crédit mutuel Arkéa*, n°405047).

II. Sur les modifications du cadre applicable au contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail

29. L'Autorité relève favorablement que l'avant-projet de loi du pays introduit plusieurs précisions utiles au cadre juridique du contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail, ainsi que diverses corrections d'erreurs matérielles.
30. **Les articles 13, 14, 15, 16 et 18 de l'avant-projet de loi du pays** apportent notamment des ajustements rédactionnels bienvenus. Les termes « nouvel exploitant », « exploitant ou futur exploitant » ou « personne physique ou morale » sont remplacés par la notion d'« entreprise », conformément à la terminologie usuelle en droit de la concurrence, qui permet d'appréhender la part de marché du groupe auquel peut appartenir l'exploitant.
31. Par ailleurs, **les articles 9 et 14 de l'avant-projet de loi du pays** modifient respectivement les articles Lp. 431-3 et Lp. 432-2 du Code de commerce. Ces articles précisent désormais que, lorsque l'Autorité reçoit la notification d'une opération de concentration ou de commerce de détail, elle transmet au commissaire du gouvernement le dossier « complet » de l'opération. Cette précision est conforme à la pratique de l'Autorité, qui attend la réception complète du dossier avant toute transmission.
32. Toutefois, certaines dispositions de l'avant-projet de loi du pays relatives au contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail appellent des observations et des recommandations de la part de l'Autorité.

A. Les évolutions envisagées des délais d'examen et des procédures en cas d'infraction

1. Des renvois excessifs à des arrêtés du gouvernement

33. Plusieurs articles du chapitre III de l'avant-projet de loi du pays prévoient la suppression de certaines dispositions actuellement codifiées au sein du Code de commerce et leur remplacement par des renvois à des actes réglementaires, en particulier à des arrêtés du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.
34. Ainsi, les **articles 10, 15 et 16 de l'avant-projet de loi du pays** visent à « *permettre au service d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de suspendre les délais d'examen d'une opération de concentration ou d'une opération dans le secteur du commerce de détail et renvoient ainsi à un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie le soin de déterminer les cas dans lesquels le délai d'instruction peut être raccourci, allongé ou suspendu* »⁵ (soulignement ajouté). Ils modifient les articles Lp. 431-5, Lp. 432-3 et Lp. 432-4 du Code de commerce, respectivement relatifs aux délais d'examen des opérations de concentration en « phase 1 » et aux délais d'examen des opérations de commerce de détail en « phase 1 » et en « phase 2 ». L'avant-projet de loi du pays justifie ces renvois par des considérations de clarification procédurale.
35. Les **articles 12 et 17** modifient quant à eux les articles Lp 431-8 et Lp. 431-5 du Code de commerce en prévoyant que les sanctions et mesures prévues en matière d'infraction aux règles de notification des opérations de concentration et de commerce de détail sont prononcées par l'Autorité « *à l'issue d'une procédure contradictoire dont les modalités sont définies par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie* »⁶.

⁵ Voir l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi du pays, page 4.

⁶ *Ibid.*, page 5.

36. Le CESE a d'ores et déjà exprimé ses réserves à l'égard de ces renvois⁷, en relevant notamment que : « [l]es conseillers insistent une nouvelle fois sur l'interférence du GNC dans les procédures de l'ACNC. Il s'avère que l'ensemble des renvois à ces arrêtés crée une dispersion des règles et une difficulté pour les lecteurs du code de trouver celles-ci. Cela engendre une forme d'illisibilité et un manque de repère pour les personnes désirant consulter le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. De plus, les conseillers rappellent le vœu n°02/20182 sur la simplification administrative. ».
37. L'Autorité partage pleinement cette analyse.
38. Outre le fait que les projets d'arrêtés en question, pourtant essentiels à la compréhension du régime, n'ont pas été transmis à l'Autorité en même temps que l'avant-projet de loi du pays, ces renvois contribuent à fragmenter la norme. En effet, ils nuisent à la lisibilité du Code de commerce et portent atteinte à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.
39. De plus, certains des délais et procédures visés relèvent du domaine de la loi et ne sauraient être renvoyés à des textes de nature réglementaire. Pour d'autres, ces délais et procédures constituent des garanties encadrant l'exercice des droits de la défense, lesquels présentent une valeur constitutionnelle en tant que principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁸ et sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹. Ils ne sauraient ainsi être fixés par arrêté, afin de préserver leur protection effective.
40. Par souci de sécurité juridique et de stabilité normative, l'Autorité estime que ces délais et procédures doivent être inscrits directement dans le Code de commerce. À l'inverse, les modalités d'élaboration, de révision et de contrôle des arrêtés auxquels il est proposé de renvoyer demeurent, à ce jour, incertaines et insuffisamment encadrées.
41. Au surplus, si un renvoi à des arrêtés peut se justifier dans certaines matières par la nécessité de disposer d'une certaine souplesse d'adaptation, une telle flexibilité ne paraît pas requise s'agissant de délais et procédures qui sont intrinsèquement liés aux garanties procédurales offertes aux parties. Au contraire, le lien entre délai et procédure, d'une part, et droits de la défense, d'autre part, impose de ne modifier les premiers que d'une manière réfléchie. En tout état de cause, ces éléments n'ont pas vocation à être ajustés ultérieurement par l'Autorité elle-même, de sorte qu'il n'y a pas lieu de recourir à la voie réglementaire.
42. L'Autorité recommande en conséquence de supprimer les renvois aux arrêtés prévus, au bénéfice d'une codification directe et exhaustive au sein du Code de commerce, garantissant ainsi la lisibilité et la cohérence de la norme ainsi que la protection des droits de la défense.

Recommandation n° 4 : l'Autorité recommande de supprimer les renvois aux arrêtés prévus aux articles 10, 12, 15, 16 et 17 de l'avant-projet de loi du pays et de procéder à la codification complète des délais et procédures concernés dans les articles correspondants du Code de commerce.

⁷ Voir la recommandation n° 6 de l'avis du CESE n° 24/2024 précité.

⁸ C. const., 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, n° 76-70 DC, considérant 2.

⁹ C. const., 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, n° 2006-535 DC, considérant 24.

2. Les modifications alternatives proposées par l'Autorité

43. En premier lieu, si le gouvernement retient la recommandation n° 4, l'Autorité propose, en alternative à ces renvois, de maintenir les délais actuellement codifiés¹⁰, tout en y ajoutant la possibilité pour l'Autorité de suspendre ces délais d'examen. Cette faculté de suspension pourrait être introduite par l'insertion d'un nouvel alinéa après le troisième alinéa du II de l'article Lp. 431-5 et à la suite du dernier alinéa du II de l'article Lp. 432-3.
44. La suspension interviendrait soit avec l'accord des parties, soit en cas de survenance d'un fait nouveau non communiqué, soit en l'absence d'informations nécessaires dans le délai imparti aux parties ou aux tiers pour des raisons imputables à la partie notifiante.
45. Ce mécanisme, communément appelé « *stop the clock* » en droit de la concurrence, a pour origine le droit de l'Union européenne¹¹. Il se trouve être largement pratiqué par de nombreuses autorités, telles que l'Autorité de la concurrence métropolitaine¹² ou celle de la Polynésie française¹³.
46. Doter l'Autorité de ce mécanisme de souplesse lors de l'examen d'une opération en « phase 1 » permet d'éviter de passer, le cas échéant, en phase d'examen approfondi (« phase 2 ») et en conséquence de rallonger inutilement et de manière incompressible le délai de traitement de l'opération alors qu'il manque certaines informations.
47. Par cohérence avec l'article 11 de l'avant-projet de loi du pays, qui modifie l'article Lp. 431-7 du Code de commerce en confiant au rapporteur général la compétence pour suspendre les délais en « phase 2 » de l'examen d'une opération de concentration, et dans un souci d'efficacité et de réactivité, l'Autorité recommande que la compétence de suspension des délais d'examen en « phase 1 » soit également confiée au rapporteur général.

Recommandation n° 5 : l'Autorité recommande de codifier la possibilité de suspension des délais d'instruction en « phase 1 » en modifiant les articles Lp. 431-5 et Lp. 432-3 du Code de commerce comme suit : « *Le rapporteur général de l'autorité peut suspendre le délai mentionné au I du présent article, en accord avec les parties ayant procédé à la notification, ou si elles ont manqué de l'informer dès sa survenance d'un fait nouveau, qui aurait dû être notifié s'il s'était produit avant une notification au sens de l'article [Lp. 431-3 ou Lp. 432-2], ou ont manqué de lui communiquer tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti, ou lorsque des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. Le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié la suspension.* »

48. En deuxième lieu, l'Autorité recommande de modifier les procédures en cas d'infraction aux obligations de notification, en substituant au dispositif proposé par l'avant-projet de loi du pays une codification complète et lisible.
49. Il conviendrait ainsi de modifier les articles Lp. 431-8 et Lp. 432-5 du Code de commerce pour préciser qu'un rapport est transmis aux parties et au commissaire du gouvernement, accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur ainsi qu'éventuellement les observations des parties concernées. Les parties et le commissaire du gouvernement disposeraient alors d'un délai de deux mois francs pour produire leurs observations en réponse à la communication du rapport.

¹⁰ Procédure simplifiée : 25 jours ouvrés ; procédure normale en phase 1 : 40 jours ouvrés ; procédure approfondie en phase 2 : 100 jours ouvrés supplémentaires.

¹¹ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 10, §1^{er}, alinéa 2, §3, alinéa 2, et §4.

¹² Article L. 430-5 II du Code de commerce de l'Etat.

¹³ Article Lp. 310-5 du Code de la concurrence de la Polynésie Française.

50. Par ailleurs, les articles Lp. 431-8 et Lp. 432-5 prévoient actuellement que l’Autorité se prononce sur ces infractions dans un délai maximum de 110 jours ouvrés. L’Autorité recommande de préciser le point de départ de ce délai et de le réduire. Elle propose alors de se prononcer dans un délai maximum de 70 jours ouvrés à compter de la réception des observations de l’entreprise concernée au rapport.

Recommandation n° 6 : l’Autorité recommande que la procédure applicable en matière d’infraction aux règles de notification des opérations de concentration et de commerce de détail reste codifiée et de modifier les articles Lp. 431-8 et Lp. 432-5 du Code de commerce comme suit : « *V- Un rapport, le cas échéant un procès-verbal, constatant les infractions mentionnées au I, II, III et IV est notifié aux parties et au commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés. La procédure applicable est celle prévue aux articles Lp. 463-4, Lp. 463-6 et Lp. 463-7. Les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du gouvernement peuvent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de deux mois francs.*

L’autorité se prononce dans un délai de soixante-dix jours ouvrés à compter de la fin du délai de deux mois mentionné à l’alinéa précédent. »

51. En dernier lieu, l’Autorité prend acte de la clarification procédurale apportée par **l’article 11 de l’avant-projet de loi du pays**, lequel propose de supprimer le dernier alinéa du III de l’article Lp. 431-7 du Code de commerce.
52. Dans sa rédaction actuelle, cet alinéa prévoit qu’à l’issue de l’examen approfondi d’une opération de concentration, l’Autorité transmet aux parties le projet de décision accompagné du rapport qui en justifie les motivations, et qu’un délai raisonnable est accordé aux parties pour présenter leurs observations.
53. Toutefois, cette rédaction est de nature à entretenir une confusion sur le déroulement de la procédure d’instruction. En effet, le rapport d’instruction est transmis aux parties à un stade antérieur de l’instruction, avant l’élaboration du projet de décision, et donne lieu à l’exercice du contradictoire. Dès lors, la mention d’une nouvelle transmission du rapport au moment de la notification du projet de décision pourrait laisser croire, à tort, à l’existence d’un second rapport ou à l’instauration d’un nouveau contradictoire.
54. C’est pour éviter cette confusion et mieux refléter le déroulement effectif de la procédure d’examen approfondi tel qu’il est pratiqué devant l’Autorité que la modification de cet article avait été souhaitée.
55. Néanmoins, la suppression complète du dernier alinéa paraît excessivement large, dans la mesure où cette disposition reste utile pour encadrer la transmission du projet de décision et l’octroi d’un délai d’observations aux parties. La seule suppression de la référence au rapport permettrait ainsi de clarifier que seul le projet de décision est transmis aux parties à ce stade.
56. En conséquence, l’Autorité propose de conserver le dernier alinéa du III de l’article Lp. 431-7 tout en supprimant la seule référence au « rapport », afin d’assurer une rédaction juridiquement plus précise et conforme à la pratique. Cette solution permettrait, en outre, d’aligner la rédaction sur celle retenue à l’article L. 430-7 du Code de commerce métropolitain.

Recommandation n° 7 : l’Autorité recommande de ne pas supprimer le dernier alinéa de l’article Lp. 431-7 mais uniquement de supprimer les mots « *et le rapport qui en justifie les motivations* ».

B. Les aménagements prévus à la procédure de notification et au champ des opérations notifiables

57. En premier lieu, l'article 8 de l'avant-projet de loi du pays modifie l'article Lp. 431-2 du Code de commerce afin de clarifier les conditions d'exclusion du champ de compétence de l'Autorité en matière de contrôle des opérations de concentration.
58. La dernière modification de cet article, introduite par la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 portant soutien à la croissance de l'économie calédonienne, avait eu pour effet d'exclure du champ du contrôle des opérations de concentration celles qui ne produisent aucun effet sur les marchés calédoniens. Jusqu'alors, ces opérations devaient être notifiées dès lors que les entreprises concernées détenaient des filiales en Nouvelle-Calédonie dont le chiffre d'affaires dépassait les seuils de contrôlabilité (au moins 200 millions de F. CFP).
59. À la demande de l'Autorité, l'avant-projet de loi du pays propose d'encadrer plus strictement cette exclusion, en précisant qu'elle s'applique aussi aux opérations de concentration « consistant dans la prise de contrôle exclusive ou en commun d'entreprises qui n'exercent ni ne prévoient d'exercer aucune activité en Nouvelle-Calédonie ». Cette rédaction permet de confirmer que seules les opérations visant des « entreprises cibles » totalement extérieures au territoire sont exclues du champ de contrôle.
60. Toutefois, l'Autorité relève qu'une redondance apparaît désormais entre la référence à l'absence d'« effet » et à l'absence d'« activité » en Nouvelle-Calédonie. Afin de simplifier la rédaction et de sécuriser l'interprétation de cette exclusion, l'Autorité recommande de ne conserver que la référence à l'absence d'activité effective ou projetée en Nouvelle-Calédonie.

Recommandation n° 8 : l'Autorité recommande de modifier le dernier alinéa du I de l'article Lp. 431-2 du Code de commerce comme suit : « *Par dérogation aux alinéas précédents, toute concentration consistant dans la prise de contrôle exclusive ou en commun d'entreprises qui n'exercent ou ne prévoient d'exercer aucune activité en Nouvelle-Calédonie n'est pas soumise aux dispositions des articles Lp. 431-3 à Lp. 431-9.* ».

61. En deuxième lieu, en matière de notification des opérations dans le secteur du commerce de détail, l'Autorité recommande une clarification du régime applicable aux changements de secteur d'activité visés au quatrième alinéa de l'article Lp. 432-1 du Code de commerce.
62. Actuellement, tout changement de secteur d'activité d'un magasin d'une surface supérieure à 600 m² est soumis à autorisation. Toutefois, ces changements ne concernent parfois qu'une partie de la surface totale du magasin. Afin de clarifier le champ d'application de l'obligation de notification, l'Autorité propose de s'inspirer du dispositif en vigueur en Polynésie française¹⁴. Il conviendrait ainsi de préciser que l'opération est soumise à notification dès lors que la surface dédiée à la nouvelle activité atteint au moins 600 m², cette modification ayant des effets de marché similaires à l'ouverture d'un nouveau commerce de détail.

Recommandation n° 9 : l'Autorité recommande de modifier l'article Lp. 432-1 du Code de commerce afin de préciser que l'obligation de notification en cas de changement de secteur d'activité concerne les modifications affectant tout ou partie d'un magasin dont la surface de vente dédiée à la nouvelle activité est supérieure ou égale à 600 m².

63. En dernier lieu, dans la continuité de sa position relative aux renvois à des arrêtés, l'Autorité recommande l'abrogation des arrêtés n° 2018-41/GNC et 2018-43/GNC du 9 janvier

¹⁴ Article Lp. 320-1-1 du Code de la concurrence de la Polynésie française.

2018 relatifs aux modalités d'application et au contenu des dossiers de notification des opérations de concentration et de commerce de détail.

64. En effet, le maintien de ces renvois fragmente et complexifie la norme applicable, nuit à la lisibilité du dispositif et complique sa mise en œuvre pratique. L'Autorité préconise en conséquence d'intégrer ces règles directement dans la partie réglementaire du Code de commerce afin d'en renforcer la lisibilité et la sécurité juridique.
65. La partie réglementaire du Code de commerce, qui ne comporte actuellement que 17 articles, reste très lacunaire. Son enrichissement permettrait d'améliorer significativement l'accessibilité et la clarté des règles applicables aux opérateurs économiques.
66. Des ajustements essentiellement procéduraux, visant à clarifier et structurer les règles applicables aux entreprises soumises au contrôle de l'Autorité, seraient à cet égard opportuns. Ils concerneraient notamment :
 - l'organisation de l'Autorité ;
 - les différentes étapes de la procédure devant l'Autorité, incluant la saisine et l'instruction des dossiers, la notification des griefs et les rapports, ou encore les règles relatives au secret des affaires ; et
 - la codification et la simplification des arrêtés relatifs à la constitution des dossiers de notification, aussi bien pour les opérations de concentration que pour celles relevant du secteur du commerce de détail.
67. À cet égard, l'Autorité recommande d'intégrer dans la partie réglementaire les dossiers de notification sous forme d'annexes distinctes, afin de détailler le contenu de ces derniers. Cette nouvelle organisation gagnerait en clarté et simplicité, en distinguant désormais deux annexes correspondant aux deux procédures existantes : une annexe pour la procédure normale et une annexe pour la procédure simplifiée. Cette réforme permettrait, par ailleurs, de procéder à une révision du contenu des dossiers afin d'en supprimer les informations non essentielles et ainsi d'alléger la charge administrative pesant sur les entreprises.

Recommandation n° 10 : l'Autorité recommande de réviser et d'intégrer les arrêtés n° 2018-41/GNC et 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 concernant les modalités d'application et le contenu des dossiers de notification d'opérations de concentration et de commerce de détail dans la partie réglementaire du Code de commerce.

III. Sur les dispositions relatives aux mesures de régulation de marché

68. L'avant-projet de loi du pays comporte plusieurs dispositions modifiant le régime applicable aux mesures de régulation de marché, et notamment la loi du pays n° 2019-5 précitée.
69. Deux dispositifs nouveaux sont ainsi proposés : d'une part, **l'article 40 de l'avant-projet de loi du pays**, qui introduit l'obligation de saisine pour avis de l'Autorité à l'occasion des demandes de renouvellement des mesures de régulation de marché ; d'autre part, **les articles 3 et 4**, qui instituent un dispositif exceptionnel et dérogoire destiné aux entreprises bénéficiaires de mesures de régulation de marché dont l'outil industriel a été détruit.
70. À titre liminaire, l'Autorité regrette que l'introduction de ces deux dispositifs ne s'inscrive pas dans le cadre d'une réforme plus globale du régime des mesures de régulation de marché, réforme pourtant préconisée de longue date dans sa pratique décisionnelle et consultative. À cet égard, l'Autorité rappelle notamment les recommandations formulées dans sa note économique

n° 3 d'octobre 2024 intitulée « *Modèles de développement économique et protectionnisme en Nouvelle-Calédonie* »¹⁵, parmi lesquelles figurent :

- la rationalisation des protections de marché existantes, en ne conservant que celles correspondant à un progrès économique jugé suffisant ;
- la transition des mesures quantitatives actuelles vers un dispositif de taxe de régulation de marché (TRM) revisité ; et
- l'évolution du mode d'attribution des protections de marché vers un régime plus strict, reposant sur une régulation incitative et conditionnée à un avis conforme d'une autorité administrative indépendante, laquelle serait également chargée de la négociation et du suivi de contrats de performance applicables aux demandes initiales, aux modifications et aux renouvellements.

71. L'Autorité souligne à cet égard la nécessité de conduire une réforme globale du système protectionniste calédonien, notamment à l'issue des travaux d'audit sur les protections de marché décidés par le gouvernement en 2025.

A. Concernant la saisine de l'Autorité à l'occasion des renouvellements de mesures de régulation

72. **L'article 40 de l'avant-projet de loi du pays** prévoit que « [l]e gouvernement saisit l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avis des demandes de renouvellement. Dans ce cas, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie rend son avis dans un délai qui ne peut excéder 20 jours ».

73. Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article Lp. 413-13 du Code de commerce, l'Autorité doit d'ores et déjà être saisie pour avis à l'occasion de toute demande d'instauration ou de modification d'une mesure de régulation de marché.

74. En application du principe de parallélisme des formes et des compétences, l'Autorité considère qu'une saisine pour avis se justifie également dans le cadre des demandes de renouvellement des mesures existantes. Sur ce point, l'Autorité est favorable au principe retenu par le texte.

75. L'instauration d'une saisine obligatoire introduit toutefois une étape administrative supplémentaire impliquant la constitution d'un dossier de saisine par la Direction des Affaires économiques (ci-après « DAE »), conduisant ainsi l'administration à instruire deux fois le même dossier.

76. Or, l'intérêt de cette double instruction, dans les conditions juridiques et matérielles actuellement prévues, n'apparaît pas pleinement justifié au regard des enjeux posés par ces mesures de régulation de marché et de la réforme structurelle attendue du dispositif.

77. Un cadre législatif redéfini, dans une révision globale de la loi du pays n° 2019-5 précitée, permettrait de déterminer si la saisine pour avis de l'Autorité en cas de renouvellement pourrait remplir son office, voire d'envisager la création d'un dispositif de régulation spécifique, confié à une autorité administrative indépendante.

78. Par ailleurs, le délai d'instruction de 20 jours proposé apparaît manifestement insuffisant pour permettre à l'Autorité de conduire une analyse approfondie des coûts et bénéfices de la mesure pour la collectivité et les consommateurs. Ce délai ne permettrait qu'un examen formel de la demande, sans que l'Autorité soit en mesure d'examiner pleinement les contreparties économiques sous-jacentes. En outre, la détermination des engagements et contreparties

¹⁵ Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, [*Modèles de développement économique et protectionnisme en Nouvelle-Calédonie*](#), note économique, n° 3, octobre 2024.

exigibles lors d'un renouvellement peut s'avérer parfois plus complexe que lors des premières demandes.

79. L'Autorité souligne qu'elle ne dispose, à ce jour, ni des ressources humaines, ni des compétences techniques spécialisées (en économétrie et en analyse financière) nécessaires à l'exercice d'une mission de régulation des mesures de régulation de marché, ses moyens ayant été dimensionnés pour l'application du droit de la concurrence.
80. Confier à l'Autorité une mission de régulation distincte supposerait un recalibrage de son organisation, de ses effectifs et de son budget, afin de lui permettre d'exercer pleinement ces compétences multifonctionnelles, à l'instar d'autres autorités de régulation du Pacifique telles que l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou Fidji.
81. Au regard de ce qui précède, l'Autorité recommande que la saisine pour avis, qu'il s'agisse des premières demandes, des modifications ou des renouvellements de mesures de régulation de marché, ne soit pas systématique, mais intervienne à la demande de la DAE ou à l'initiative de l'Autorité lorsqu'un risque concurrentiel significatif est identifié.
82. L'Autorité recommande également que le gouvernement ait l'obligation de l'informer de tout dépôt de demande d'instauration, de modification et de renouvellement de mesure de régulation de marché. Cette information préalable est indispensable pour lui permettre, le cas échéant, d'exercer utilement son droit d'auto-saisine dans les délais impartis.
83. L'Autorité est par ailleurs défavorable au délai de 20 jours fixé par le projet de texte pour rendre un avis en cas de renouvellement, qui ne permet pas d'assurer une analyse qualitative de la demande. Elle recommande ainsi de supprimer cette limitation de délai et de prévoir l'application du délai de 40 jours ouvrés tel que fixé au II de l'article Lp. 413-13 du Code de commerce.

Recommandation n° 11 : l'Autorité recommande de modifier l'article Lp. 413-13 II du Code de commerce comme suit : « II. - *Les services de la Nouvelle-Calédonie informe l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de tout dépôt de demande d'instauration ou de modification d'une mesure de régulation de marché.*

À l'issue de l'instruction, le dossier de demande de régulation, ainsi que le rapport des services de la Nouvelle-Calédonie mentionnant les mesures de régulation envisagées peuvent être transmis pour avis à l'autorité. Cette dernière peut également se saisir d'office lorsqu'elle estime que la demande soulève des enjeux concurrentiels.

L'autorité dispose de quarante jours ouvrés pour rendre son avis. Passé ce délai, celui-ci est réputé donné. »

Recommandation n° 12 : l'Autorité recommande de modifier l'article Lp. 413-14 du Code de commerce, en y insérant, après l'avant-dernier alinéa du I, un nouvel alinéa ainsi rédigé : « *Le gouvernement informe l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie de tout dépôt d'une demande de renouvellement. Il peut la saisir pour avis sur cette demande. L'autorité peut également se saisir d'office lorsqu'elle estime qu'un renouvellement soulève des enjeux concurrentiels. L'autorité rend son avis dans les conditions de délai prévues au II de l'article Lp. 413-13. Passé ce délai, l'avis est réputé favorable. ».*

B. Concernant le dispositif dérogatoire au bénéfice des entreprises dont l'outil industriel a été détruit

1. Présentation générale du dispositif

84. **L'article 3 de l'avant-projet de loi du pays** introduit, au sein du chapitre III du titre I du livre IV du Code de commerce, une nouvelle section 7-1, intitulée « *Mesures exceptionnelles en cas de destruction ou de détérioration de l'outil de production* », composée de cinq articles (Lp. 413-20-1 à Lp. 413-20-5).
85. Ce dispositif vise à instaurer, en faveur des entreprises bénéficiaires de mesures de régulation de marché dont l'outil de production a été détruit ou détérioré, un régime exceptionnel leur permettant de bénéficier temporairement de mesures de soutien pendant la phase de reconstruction de leur appareil productif.
86. L'Autorité reconnaît que la gravité exceptionnelle de la crise survenue en Nouvelle-Calédonie à compter de mai 2024 justifie la mise en place de mécanismes exceptionnels d'accompagnement, notamment en cas de destruction d'infrastructures industrielles.
87. Dans cet esprit, l'Autorité avait d'ailleurs recommandé, dans une note du 6 septembre 2024¹⁶, la mise en place d'aides ciblées permettant de compenser les dommages subis par certaines entreprises affectées par les émeutes, telles que la société Le Froid, ainsi que d'aides à la restructuration des entreprises en difficultés bénéficiant, le cas échéant, d'un appui de l'État.
88. Cette orientation n'a toutefois pas été retenue par le gouvernement, qui a préféré instaurer, par amendement à un autre projet de loi du pays¹⁷, voté au congrès de la Nouvelle-Calédonie le 2 juin 2025, un dispositif dérogatoire fondé sur les mécanismes existants de protection de marché.
89. À cet égard, le CESE a souligné dans son avis précité que cette adoption par voie d'amendement avait permis de contourner la procédure législative classique en évitant la sollicitation préalable des avis du Conseil d'État, de l'Autorité et du CESE lui-même. Il a ainsi attiré l'attention sur « *l'importance des impacts découlant de ces articles* » et sur la nécessité, « *pour des questions d'une ampleur conséquente, de requérir les avis des entités précitées* ».
90. Dans ces conditions, il n'y a plus lieu de proposer de recommandations formelles. L'Autorité se bornera à formuler quelques observations, les dispositions de l'avant-projet de loi du pays étant identiques à celles du mécanisme finalement adopté.
91. Elle souhaite d'abord rappeler que l'intervention de la puissance publique dans un contexte de reconstruction doit s'exercer selon des modalités appropriées et proportionnées. Elle doit à la fois permettre un accompagnement temporaire des opérateurs sinistrés et veiller à préserver les équilibres concurrentiels, afin d'éviter que la situation économique et le niveau des prix ne se dégradent au détriment des autres acteurs du marché et des consommateurs calédoniens.
92. Sur cette base, l'examen du dispositif fait apparaître plusieurs faiblesses et risques juridiques :
 - les notions de « destruction » et de « détérioration » ne sont pas définies par le texte, générant une insécurité juridique sur les critères d'appréciation des faits générateurs du droit à bénéficier des mesures exceptionnelles ;

¹⁶ Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, [Note de sensibilisation des pouvoirs publics en matière de soutien aux entreprises en période de crise](#), septembre 2024.

¹⁷ Loi du pays portant diverses dispositions d'ordre fiscal, en attente de promulgation.

- l'articulation entre les trois types de mesures exceptionnelles envisageables n'établit pas clairement leur caractère alternatif, laissant subsister le risque d'un cumul disproportionné de mesures ;
- le dispositif introduit des distorsions de concurrence majeures en réservant ces mesures à un nombre très restreint d'entreprises préalablement bénéficiaires de protections de marché, alors que la crise a affecté un nombre bien plus important d'opérateurs économiques (deux entreprises potentiellement éligibles, contre près de 800 entreprises sinistrées au total) ;
- l'ensemble du dispositif soulève des interrogations quant à sa compatibilité avec les engagements internationaux de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre de l'OMC, ce qui fragiliserait ces dispositifs au contentieux¹⁸ ;
- l'insertion de dispositions transitoires et circonstanciées au sein du Code de commerce, qui ont vocation à gérer une situation exceptionnelle de crise, apparaît inopportune. Le recours à un instrument réglementaire distinct aurait permis d'encadrer ces mesures exceptionnelles sans rigidifier durablement la norme applicable.

2. Dérogation aux mesures de restrictions quantitatives à l'importation, sous forme de quotas d'importation

93. Le dispositif prévoit la possibilité, pour les entreprises concernées, de bénéficier de quotas d'importation leur permettant de se substituer temporairement à leur activité industrielle interrompue.
94. Or, les mesures de restrictions quantitatives, qu'elles prennent la forme de mesures « STOP » ou de quotas d'importation, constituent, par nature, les instruments les plus restrictifs en matière de concurrence et ceux dont les effets anticoncurrentiels sont les plus nocifs : hausse des prix des produits importés comme des produits locaux, effet isolationniste, absence d'animation concurrentielle entre opérateurs, effets d'éviction, contournement des contingentements, et baisse de l'incitation à innover ou à améliorer la qualité des produits. Ces effets ont été à plusieurs reprises soulignés par l'Autorité dans sa pratique décisionnelle et consultative¹⁹, ainsi que par l'Autorité de la concurrence métropolitaine²⁰.
95. En outre, la rédaction retenue par l'avant-projet de loi du pays pourrait conduire, dans des hypothèses même limitées, à instaurer *de facto* une situation d'exclusivité d'importation. En effet, le remplacement d'une mesure « STOP » couvrant l'ensemble des besoins du marché calédonien par un quota attribué à un opérateur unique reviendrait à lui octroyer un quasi-monopole sur l'importation du produit concerné.

3. Exonération des droits et taxes exigibles à l'importation

96. Le dispositif prévoit également la possibilité d'exonérer les entreprises concernées du paiement des droits de douane et des taxes de régulation de marché lors de leurs opérations d'importation.

¹⁸ Voir en ce sens la recommandation de l'Autorité n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, page 36 et suivantes.

¹⁹ Voir notamment les avis de l'Autorité n° 2022-A-02 du 12 juillet 2022, n° 2021-A-02 du 7 avril 2021, n° 2020-A-02 du 31 mars 2020, n° 2020-A-01 du 24 février 2020 et la recommandation n° 2018-R-02 précitée ; voir aussi J.-P. Lieb, *Propositions de rationalisation de la fiscalité indirecte de Nouvelle-Calédonie*, rapport au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, décembre 2010.

²⁰ Rapport de l'Autorité de la concurrence métropolitaine relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, 21 septembre 2012.

Cette exonération accorde un avantage concurrentiel et financier significatif aux entreprises bénéficiaires, alors même qu'elles n'exercent plus d'activité de production et que leur nouvelle activité d'importation, moins intensive en capital et en main-d'œuvre, induit des charges fixes nettement inférieures à celles qu'exigeait leur activité industrielle initiale.

97. S'agissant spécifiquement des droits de douane, le dispositif soulève d'importantes fragilités juridiques au regard des règles de l'OMC. En effet, un tel traitement préférentiel serait susceptible de méconnaître le principe de la nation la plus favorisée, consacré à l'article I:1 du GATT, dès lors qu'un même produit pourrait bénéficier ou non de cette exonération selon l'identité de l'importateur qui le commercialise sur le marché calédonien. Une telle différenciation reviendrait ainsi à réserver un traitement différent à des produits étrangers similaires en fonction du distributeur local.
98. Les engagements de la Nouvelle-Calédonie au sein de l'OMC s'inscrivent dans ceux de la France, tout contentieux éventuel sur ce point relèverait de la responsabilité de la France devant l'OMC et pourrait entraîner l'adoption de mesures de rééquilibrage.
99. Sur ce point, le CESE²¹ et des organisations professionnelles ont exprimé leur opposition à l'exonération des droits de douane à l'importation : seule la TRM, qui constitue un instrument directement lié à la régulation des marchés, pourrait faire l'objet d'une exonération, tandis que les autres droits et taxes doivent rester applicables afin de préserver des conditions équitables de concurrence vis-à-vis des importateurs.

4. Prolongation de la durée des mesures de régulation existantes

100. Conformément à l'article Lp. 413-2 du Code de commerce, seuls les biens produits en Nouvelle-Calédonie ou résultant d'un processus de transformation suffisant sont susceptibles d'être protégés par une protection de marché.
101. Or, la destruction de l'outil de production ou de transformation rend, par définition, sans objet la protection de marché initialement accordée. En conséquence, l'Autorité souhaite rappeler que la prolongation de cette protection, dans le cadre du dispositif exceptionnel, revient à maintenir artificiellement une mesure de régulation au profit d'une entreprise qui n'exerce plus d'activité productive locale, détournant ainsi le mécanisme de sa finalité.

5. Engagements et contreparties exigés des entreprises bénéficiaires

102. Le dispositif subordonne l'octroi des mesures exceptionnelles à la souscription de divers engagements portant sur la reconstruction, l'emploi et les prix. Il est ainsi prévu que « [l]es mesures sont accordées aux entreprises visées à l'article Lp. 413-20-1 à condition qu'elles remplissent les conditions suivantes : 1° Elles sont à jour de leurs obligations sociales et fiscales, accords d'échelonnement de paiement compris ; 2° Le cas échéant, elles ont rempli l'obligation de dépôt de leurs comptes conformément aux dispositions du présent code ; 3° Elles prennent des engagements efficaces, quantifiables, vérifiables et spécifiques concernant : a. La reconstruction de l'outil de production ; b. Le maintien ou la création d'emploi ; c. Le maintien ou la baisse des prix des biens concernés par la mesure. ».
103. En premier lieu, l'engagement relatif à la reconstruction de l'outil de production reste insuffisamment encadré, aucune échéance de réalisation n'étant fixée, et aucune incitation de modernisation ou de transition écologique n'étant introduite.
104. En deuxième lieu, s'agissant de l'engagement relatif au maintien ou à la création d'emploi, l'Autorité souligne la difficile conciliation entre cet objectif et l'encouragement des

²¹ Voir la recommandation n° 2 de l'avis du CESE n° 24/2024 précité.

investissements en capital permettant de réaliser des gains de productivité, particulièrement dans les industries à faible valeur ajoutée et faiblement intensives en capital humain. En période de reconstruction, ce sont en effet la modernisation et l'innovation qui constituent un impératif.

105. En troisième lieu, l'engagement de maintien ou de baisse des prix apparaît insuffisant pour préserver l'intérêt économique général, compte tenu du changement de nature de l'activité, qui passe d'une activité de production ou de transformation à une activité d'importation. À supposer qu'une même structure de coûts soit établie, celle-ci interroge également quant au niveau de rentabilité et de profitabilité pré-crise des opérateurs dont l'outil de production a été détruit.
106. Au regard de l'ensemble de ces observations et des atteintes significatives à la concurrence que comporte le dispositif, l'Autorité rappelle qu'elle demeure favorable à l'octroi d'aides publiques à l'investissement et à la restructuration, dans le cadre des orientations qu'elle avait formulées dans sa note de sensibilisation précitée. Ces mécanismes présentent l'avantage d'être mieux ciblés et de porter atteinte de manière beaucoup plus limitée aux règles de concurrence. L'Autorité invite ainsi le gouvernement, dans le cadre d'une réforme plus globale du système protectionniste calédonien, à revoir l'ensemble des critères encadrant ce régime exceptionnel.

IV. Sur les modifications du cadre applicable à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence

107. L'Autorité émet un avis globalement favorable sur les modifications proposées aux articles 19 à 27 et 29 de l'avant-projet de loi du pays, qui visent à actualiser et à renforcer le cadre applicable en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence. Certaines observations et recommandations sont toutefois formulées s'agissant des délais de paiement (article 28) et de la vente à perte.

A. Les modifications proposées ne suscitent pas de réserve de l'Autorité

108. **L'article 20 de l'avant-projet de loi du pays** supprime le III de l'article Lp. 441-2-1 du Code de commerce, qui interdisait de manière générale toute remise différée en l'absence d'accord interprofessionnel. L'Autorité est favorable à cette suppression, cette interdiction systématique et *per se* étant excessive et de nature à restreindre inutilement la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, y compris pour des pratiques usuelles telles que les ristournes ou rabais de fin d'année. Ces remises peuvent en effet contribuer à lutter contre la vie chère en permettant aux distributeurs de les répercuter auprès des producteurs sur les prix de vente aux consommateurs. L'article 20 procède en parallèle à une harmonisation rédactionnelle visant à interdire explicitement les remises rétroactives, en concordance avec l'article Lp. 442-6 du Code de commerce.
109. **L'article 21 de l'avant-projet de loi du pays** introduit une précision rédactionnelle à l'article Lp. 441-3 du Code de commerce en matière de facturation, en adaptant les mentions obligatoires aux pratiques de facturation dématérialisée et en imposant l'indication du numéro de bon de commande lorsqu'il a été préalablement établi. Cette modification permettra de faciliter le traitement des factures par les opérateurs économiques et, ce faisant, d'accélérer leur règlement. L'ajout de ces précisions contribue ainsi à renforcer la sécurité des relations commerciales et participe à l'objectif général de réduction des délais de paiement.
110. **L'article 23 de l'avant-projet de loi du pays** renforce les obligations encadrant les conventions de fabrication sous marque de distributeur, en prévoyant notamment l'introduction d'une clause

de renégociation du prix d'achat des produits, la clarification de l'obligation de conclusion d'une telle convention²², ainsi que l'harmonisation des sanctions en cas de manquement.

111. **L'article 22 de l'avant-projet de loi du pays** supprime l'obligation de conclure un contrat de coopération commerciale distinct de la convention unique. Les services de coopération commerciale devront désormais figurer directement dans la convention unique, conformément aux adaptations parallèles opérées par **l'article 24 de l'avant-projet de loi du pays** sur l'article Lp. 441-9 du Code de commerce. Ces adaptations clarifient et sécurisent les relations contractuelles.
112. **L'article 25 de l'avant-projet de loi du pays** introduit une sanction administrative applicable aux situations de refus de vente, en harmonisant les montants des sanctions encourues. Il élargit également le champ des exceptions au refus de vente en intégrant la notion de « distribution sélective licite » parmi ces exceptions et en étendant cette faculté à l'ensemble des produits, et non plus seulement à ceux présentant une « haute technicité » ou une « haute qualité ». L'Autorité souscrit à ces évolutions.
113. **L'article 27 de l'avant-projet de loi du pays** procède à une refonte du dispositif applicable aux pratiques restrictives de concurrence, en recentrant la liste des pratiques prohibées sur celles qui constituent l'essentiel du contentieux observé en la matière au niveau national²³, et en harmonisant la terminologie juridique applicable. Cet article prévoit également que la responsabilité de l'auteur des pratiques est encourue à tous les stades de la relation commerciale, c'est-à-dire, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat. Cette réforme simplifie et clarifie le dispositif.
114. Enfin, **l'article 29 de l'avant-projet de loi du pays** introduit dans le code la procédure de transaction pour les pratiques restrictives de concurrence, permettant aux entreprises de renoncer à contester les griefs notifiés en contrepartie d'une visibilité accrue sur le montant de la sanction encourue. Cette procédure permet aux parties de négocier avec le rapporteur général une fourchette de sanction pouvant être assortie d'engagements, le Collège délibérant ensuite dans ces limites, réduisant ainsi l'aléa juridictionnel. L'introduction de ce mécanisme transactionnel, souhaité par l'Autorité, est également proposé en matière de pratiques anticoncurrentielles à **l'article 37 de l'avant-projet de loi du pays**.

²² La clarification apportée à l'article Lp. 441-8 du Code de commerce vise à établir sans équivoque que l'infraction consiste dans l'absence de conclusion d'une convention de fabrication sous marque de distributeur, et non dans l'absence de justification de cette non-conclusion. En l'état, la rédaction actuelle prête à confusion, en laissant entendre qu'il serait possible d'invoquer un simple désaccord commercial ou un blocage des négociations pour écarter l'obligation contractuelle. Or, la logique du dispositif impose qu'une convention soit effectivement conclue. Il appartient ensuite à l'autorité chargée du contrôle d'apprécier, le cas échéant, la portée des justifications avancées pour déterminer l'existence d'un manquement et la nature de la sanction encourue.

²³ Par exemple, la tentative d'obtention ou l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou disproportionné, la tentative de soumission ou la soumission à un déséquilibre significatif, la rupture brutale des relations commerciales établies, l'interdiction des pratiques d'avantages rétroactifs et du bénéfice automatique de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes, ou encore l'interdiction pour le cocontractant de céder à des tiers des créances qu'il détient sur l'autre partie.

B. L'évolution des règles relatives aux délais de paiement entre professionnels

115. Les articles Lp. 443-1 à Lp. 443-3 du Code de commerce encadrent actuellement les délais de paiement entre professionnels en Nouvelle-Calédonie. **L'article 28 de l'avant-projet de loi du pays** propose de modifier ces dispositions, en précisant que le délai de règlement des sommes dues par l'acheteur court à compter de la date d'émission de la facture et en fixant la durée maximale de règlement à 45 jours.

1. S'agissant de la clarification du point de départ du délai de paiement légal et la durée de règlement portée à 45 jours

116. En premier lieu, dans sa rédaction actuelle, l'article Lp. 443-2 du Code de commerce fixe le point de départ du délai de règlement des sommes dues par l'acheteur au jour suivant la date de réception ou d'exécution de la prestation. L'avant-projet de loi du pays propose de remplacer ce point de départ par celui de la date d'émission de la facture.

117. L'Autorité relève que cette évolution apporte une clarification bienvenue s'agissant du point de départ du délai, la date d'émission de la facture constituant un repère objectif, aisément vérifiable et moins sujet à contestation que la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation, qui peuvent intervenir de manière échelonnée ou partielle.

118. Cette modification permet également de mieux répartir les responsabilités entre les parties. Il appartient au fournisseur d'émettre la facture, sans laquelle le règlement ne peut intervenir, et à l'acheteur d'en réclamer l'établissement puis de procéder à son règlement dans le délai légal. Cette logique responsabilise les deux parties et sécurise la mise en œuvre des obligations de paiement.

119. L'Autorité rappelle que cette nouvelle rédaction ne change pas le point de départ théorique du délai du paiement, conformément aux dispositions de l'article Lp. 441-3 du Code de commerce, qui prévoient que le vendeur est tenu d'émettre sa facture dès la réalisation de la vente ou de la prestation, et l'acheteur de la réclamer. Cette nouvelle rédaction est en outre en adéquation avec le droit de la vente local et son principe fixé à l'article 1583 du Code civil applicable en Nouvelle-Calédonie.

120. En pratique, le nouveau dispositif présente l'avantage de simplifier le contrôle du respect des délais de paiement, en facilitant l'établissement du point de départ du délai applicable, notamment dans le cadre des prestations de services où la date d'exécution peut être difficile à établir avec précision. Cette évolution tient compte des difficultés fréquemment rencontrées par les entreprises dans leurs échanges commerciaux, la transmission des factures par les fournisseurs intervenant parfois tardivement après livraison des marchandises ou l'exécution de la prestation²⁴. Ce mécanisme contribue ainsi à responsabiliser les vendeurs, en les incitant à émettre la facture dans les meilleurs délais afin de faire courir le délai de règlement.

121. L'Autorité considère en conséquence que la clarification du point de départ du délai de règlement constitue une amélioration pertinente et opportune.

122. S'agissant, en second lieu, du passage d'un délai de 30 jours fin de mois à un délai de 45 jours suivant l'émission de la facture, l'Autorité observe que cette nouvelle échéance correspond globalement à la moyenne pratiquée localement, comme l'a relevé la Chambre de commerce et

²⁴ L'Autorité a pu constater, dans le cadre de sa pratique contentieuse, que près de 30 % des factures sont souvent émises tardivement, en contravention de l'alinéa 2 de l'article Lp. 441-3 du Code de commerce, malgré les relances des acheteurs. Voir par exemple les décisions de l'Autorité n° 2023-PCR-03 du 20 décembre 2023, n° 2022-PCR-01 du 20 avril 2022, n° 2020-PCR-05 du 18 décembre 2020 et n° 2020-PCR-03 du 5 octobre 2020.

d'industrie de Nouvelle-Calédonie lors des assises des délais de paiement. En outre, la modification du point de départ du délai, désormais fixé à la date d'émission de la facture et non plus à la fin du mois de réception ou d'exécution, limite l'impact concret de cette évolution en termes de rallongement effectif du délai de règlement.

2. S'agissant du caractère insuffisamment dissuasif du niveau de la sanction en cas de non-respect des délais de paiement

123. En l'état actuel du droit, le non-respect des délais de paiement est sanctionné par une amende maximale de 1 000 000 F. CFP pour une personne physique et de 5 000 000 F. CFP pour une personne morale, conformément à l'article Lp. 443-3 du Code de commerce.
124. L'Autorité relève que ces montants apparaissent sensiblement inférieurs aux plafonds applicables à d'autres manquements en matière de pratiques commerciales, et en particulier à ceux prévus à l'article Lp. 441-4 du même code s'agissant des infractions aux règles de facturation, où les sanctions peuvent atteindre 8 500 000 F. CFP pour une personne physique et 45 000 000 F. CFP pour une personne morale.
125. Ce différentiel, qui correspond à un montant neuf fois supérieur, manque de cohérence au regard de la gravité respective des infractions et nuit à l'efficacité dissuasive du dispositif, alors même que le non-respect des délais de paiement est de nature à fragiliser significativement la trésorerie des entreprises créancières, en particulier les plus petites.
126. L'effectivité des règles du Code de commerce suppose pourtant que les sanctions encourues soient suffisamment dissuasives, afin de neutraliser tout avantage économique résultant d'un comportement illicite.
127. L'Autorité recommande en conséquence d'harmoniser les niveaux de sanctions applicables aux manquements aux délais de paiement avec ceux prévus pour les autres pratiques commerciales restrictives²⁵.

Recommandation n° 13 : l'Autorité recommande de relever les plafonds des sanctions prévues à l'article Lp. 443-3 du Code de commerce, en portant les montants maximaux à 8 500 000 F. CFP pour une personne physique et à 45 000 000 F. CFP pour une personne morale.

128. Au-delà des délais de paiement, l'Autorité observe que plusieurs manquements prévus au titre IV du livre IV du Code de commerce restent sanctionnés par des plafonds d'amende fixés à 1 000 000 F. CFP pour les personnes physiques et 5 000 000 F. CFP pour les personnes morales. Tel est le cas des manquements aux obligations de transparence commerciale prévues à l'article Lp. 441-2-1 (modalités d'octroi des remises), à l'article Lp. 441-6 (communication des conditions générales de vente) et à l'article Lp. 441-7 (obligations de coopération commerciale dépourvues de contreparties), ainsi que des pratiques restrictives de concurrence visées à l'article Lp. 442-2 (revente à perte) et à l'article Lp. 442-5 (imposition d'un prix minimal de revente) du Code de commerce.
129. Ces plafonds apparaissent déséquilibrés au regard des sanctions applicables à d'autres pratiques commerciales, alors même que les infractions visées peuvent engendrer des effets significatifs sur le marché, notamment en matière de formation des prix ou d'équilibre contractuel.
130. Une telle hétérogénéité nuit à la cohérence du dispositif répressif et affaiblit l'effectivité de la réglementation. Elle est d'autant moins justifiée que les comportements sanctionnés peuvent

²⁵ Les nouveaux montants recommandés permettraient d'ailleurs de rapprocher le niveau des sanctions de celui en vigueur en Métropole, tout en restant bien inférieurs, ces dernières atteignant 75 000 € (9 000 000 F. CFP) pour une personne physique et 2 000 000 € (240 000 000 F. CFP) pour une personne morale, en application de l'article L. 441-16 du Code de commerce de l'État.

procurer un avantage économique important aux contrevenants, notamment en leur permettant d'orienter artificiellement les relations commerciales ou de restreindre la liberté tarifaire.

131. L'Autorité recommande en conséquence d'harmoniser les plafonds d'amende applicables à l'ensemble des manquements prévus au titre IV du livre IV du Code de commerce.

Recommandation n° 14 : l'Autorité recommande de relever les plafonds des sanctions prévues aux articles Lp. 441-2-1, Lp. 441-6, Lp. 441-7, Lp. 442-2 et Lp. 442-5 du Code de commerce, en portant les montants maximaux à 8 500 000 F. CFP pour une personne physique et à 45 000 000 F. CFP pour une personne morale.

C. La suppression souhaitable de l'interdiction de revente à perte

132. L'article Lp. 442-2 du Code de commerce interdit à tout commerçant de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix hors TGC inférieur, pour les produits importés, à leur coût de revient licite, et, pour les produits locaux, à leur prix d'achat net. La violation de cette interdiction est sanctionnée par une amende administrative maximale de 1 000 000 F. CFP pour une personne physique et de 5 000 000 F. CFP pour une personne morale.
133. L'Autorité s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de la suppression de cette prohibition²⁶.
134. Cette position rejoint les analyses formulées par plusieurs organismes nationaux et internationaux. Ainsi, l'OCDE recommande la suppression de cette interdiction en vue d'accroître le potentiel de l'économie et de redresser la compétitivité des marchés des biens et services. Le Club des juristes estime pour sa part que cette interdiction « *ne peut se justifier ni par le souci de promouvoir la concurrence, ni par celui de protéger les consommateurs. Elle est en revanche parfois motivée par le souci de limiter une forme de concurrence entre commerçants considérée comme déloyale. En tout cas, l'usage détourné qu'en font les grands distributeurs pour lesquels le seuil de revente à perte sert de base du calcul de leur prix à la distribution, pousse à la généralisation des clauses de coopération commerciales ou, plus récemment, à d'incessantes campagnes de promotion, dont la charge pèse finalement sur les marges fournisseurs* »²⁷.
135. En outre, au niveau européen, la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 concernant les pratiques commerciales déloyales des entreprises envers les consommateurs dans le marché intérieur, ne retient pas la revente à perte parmi les pratiques commerciales déloyales *per se* des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.
136. L'Autorité considère donc que la suppression de l'interdiction de la revente à perte permettrait de favoriser des baisses de prix sur les produits de grande consommation au bénéfice des consommateurs. Dès lors, une revente à perte ne devrait être sanctionnée que lorsqu'elle constitue l'élément d'une stratégie prédatrice visant à évincer des concurrents.
137. Il convient de rappeler que l'interdiction de la revente à perte a été historiquement instaurée en Métropole dans un objectif de protection des petits producteurs et des commerces de proximité face aux pratiques tarifaires agressives de la grande distribution. Or, en Nouvelle-Calédonie, la problématique concurrentielle est inverse : ce ne sont pas des prix excessivement bas, mais au contraire des niveaux de prix particulièrement élevés qui caractérisent les marchés de

²⁶ Voir les avis de l'Autorité n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 relatif au projet de loi du pays modifiant les dispositions de l'article Lp. 442-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et au projet de loi du pays modifiant les articles Lp. 411-2 et Lp. 412-4 du code de commerce, certaines dispositions de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 ainsi que les dispositions spécifiques de remboursement des taxes sur les stocks, §233 et suivants, et n° 2020-A-07 du 28 décembre 2020 relatif au mécanisme de formation des prix des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie, §577-579 et recommandation n° 13.

²⁷ Le Club des juristes, « [Pour une réforme du droit de la concurrence](#) », Janvier 2018.

consommation courante. Dès lors, autoriser les entreprises à écouler leurs stocks à des prix inférieurs à leur seuil de revente à perte pourrait favoriser la baisse des prix et contribuer utilement à la lutte contre la vie chère.

138. Une telle évolution permettrait également de limiter le recours aux marges arrière pratiquées dans la grande distribution et, plus généralement, d'encourager une répercussion plus directe des gains commerciaux au bénéfice des consommateurs.
139. Par ailleurs, la prohibition cette pratique est difficilement contrôlable par l'Autorité, en raison de la complexité inhérente à la définition et à l'évaluation de la revente à perte. Elle s'avère en outre peu compatible avec le principe de liberté de fixation des prix. En pratique, ces difficultés ont conduit à l'inapplication de ce dispositif, aucune procédure n'ayant été engagée sur ce fondement depuis la création de l'Autorité.

Recommandation n° 15 : l'Autorité recommande l'abrogation de l'article Lp. 442-2 du Code de commerce.

V. Sur la modification des règles d'organisation et de fonctionnement de l'Autorité

140. L'Autorité prend acte des modifications introduites par l'avant-projet de loi du pays aux articles 30 et 33 à 39 qui procèdent à une actualisation bienvenue des dispositions du livre IV du Code de commerce applicables à son fonctionnement et à ses procédures.
141. Outre diverses clarifications rédactionnelles²⁸, plusieurs évolutions procédurales présentent des avancées notables et méritent d'être relevées :
- auto-saisine pour l'adoption de mesures conservatoires : **l'article 36 de l'avant-projet de loi du pays** modifie l'article Lp. 464-1 du Code de commerce afin de permettre à l'Autorité de se saisir d'office pour prononcer des mesures conservatoires, sans attendre qu'une entreprise en fasse la demande. Cette faculté d'intervention autonome renforce la capacité de l'Autorité à réagir rapidement face à des comportements susceptibles de nuire à la concurrence, notamment dans des secteurs caractérisés par une forte dynamique concurrentielle.
 - élargissement des facultés de coopération internationale : **l'article 33 de l'avant-projet de loi du pays** élargit la liste des autorités de concurrence partenaires avec lesquelles l'Autorité peut entretenir des relations de coopération, en y incluant les autorités d'autres collectivités, comme l'Autorité polynésienne de la concurrence, et celles de la région (Australie ; Nouvelle-Zélande ; Fidji...). Cette évolution s'inscrit dans la dynamique de constitution d'un réseau des autorités de concurrence du Pacifique.
 - anonymisation des pièces et préservation d'identité : **l'article 35 de l'avant-projet de loi du pays** modifie l'article Lp. 463-4 du Code de commerce pour permettre l'anonymisation des pièces et témoignages dans les procédures menées devant l'Autorité, afin de protéger l'identité des personnes physiques et morales qui interviennent au cours des procédures, dans un contexte insulaire où les enjeux économiques et personnels peuvent être fortement imbriqués. Cette procédure est encadrée dans le respect des droits de la défense, sur le modèle des règles applicables en matière de secret des affaires.
142. L'Autorité considère cependant que cet avant-projet de loi du pays offre l'opportunité d'introduire des ajustements complémentaires, à la lumière du retour d'expérience tiré de ses sept années de fonctionnement, notamment en matière de gestion des ressources humaines et

²⁸ Voir par exemple les articles 30, 32 et 37 de l'avant-projet de loi du pays.

budgétaires. Ces adaptations visent à renforcer l'efficacité et la réactivité de l'Autorité qui, en tant que structure de taille modeste (13 ETP), est confrontée de manière récurrente à des enjeux organisationnels.

143. Les ajustements supplémentaires proposés visent à renforcer la continuité de son fonctionnement, son agilité organisationnelle et la sécurité juridique des règles qui encadrent la désignation de ses membres et de son personnel. Ils concernent :
- l'organisation de l'intérim en cas de vacance du poste de président ou de rapporteur général ;
 - l'encadrement des règles d'incompatibilité applicables au rapporteur général ;
 - l'extension des décisions pouvant être prises par le président seul ; et
 - la possibilité de suivi des recommandations formulées par l'Autorité.

A. La désignation d'un président ou d'un rapporteur général par intérim en cas de vacance de poste

144. L'expérience de fonctionnement de l'Autorité montre que la vacance d'un poste clé peut générer des périodes d'inactivité ou de ralentissement dans la conduite de ses missions. La sécurisation des règles applicables à l'intérim du président et du rapporteur général apparaît dès lors indispensable à la continuité de son activité.
145. L'avant-projet de loi du pays prend partiellement en compte cette nécessité en prévoyant, à **l'article 31**, la possibilité de confier l'intérim de la présidence au vice-président « *en cas de vacance du poste constatée par un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie* ».
146. Toutefois, aucune disposition n'est prévue pour organiser l'intérim en cas de vacance simultanée du poste de vice-président, situation qui a pourtant conduit, par le passé, à une paralysie de l'activité de l'Autorité. Il est pourtant essentiel d'assurer la continuité de son fonctionnement durant la période nécessaire à la nomination d'un nouveau président.
147. À cette fin, l'Autorité propose, qu'en l'absence du président et du vice-président, un membre non-permanent du Collège, désigné selon la même procédure de nomination que le président, puisse être nommé président par intérim par décision unanime du Collège.
148. Par ailleurs, l'avant-projet de loi du pays ne prévoit aucune disposition équivalente pour organiser l'intérim du rapporteur général, se limitant, à **l'article 32**, à préciser les règles de délégation de signature au sein du service d'instruction.
149. L'article Lp. 461-4 III du Code de commerce prévoit actuellement que « [l]e rapporteur général peut être assisté d'un rapporteur général adjoint qui le remplace dans ses fonctions en cas d'absence ou d'empêchement. Le rapporteur général adjoint est nommé par le rapporteur général ».
150. Toutefois, à l'instar du dispositif envisagé pour la présidence, aucun mécanisme n'est prévu pour faire face à la vacance du poste de rapporteur général adjoint, ce qui a pu également conduire à des blocages dans le fonctionnement de l'Autorité.
151. Il apparaît donc nécessaire de prévoir un dispositif permettant de désigner un rapporteur général par intérim afin d'assurer la continuité du service public en cas de vacance de poste. À cette fin, il est proposé que le gouvernement puisse nommer par intérim un agent du service d'instruction dans l'attente de la nomination d'un rapporteur général dans les conditions prévues au premier alinéa du II de l'article Lp. 461-4.

Recommandation n° 16 : l’Autorité recommande de compléter les articles 31 et 32 de l’avant-projet de loi du pays, modifiant respectivement les articles Lp. 461-1 II et Lp. 461-4 III du Code de commerce, afin d’y insérer les dispositions suivantes :

- Pour la présidence (article 31) : « [Le vice-président] assure l'intérim des fonctions de président en cas d'absence ou d'empêchement. En cas de vacance simultanée des postes de président et de vice-président, un des membres non permanents du collège peut être nommé président par intérim, par décision unanime du collège, pour une durée maximale de six mois renouvelable, et à défaut par le gouvernement. ».
- Pour le rapporteur général (article 32) : « En cas de vacance simultanée des postes de rapporteur général et de rapporteur général adjoint, un agent du service d’instruction peut être nommé rapporteur général par intérim, par décision du gouvernement, pour une durée maximale de six mois renouvelable. »

B. Les règles d'incompatibilité applicables à la fonction de rapporteur général

152. Les membres du Collège de l’Autorité et le rapporteur général sont nommés selon la même procédure : sur décision du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, validée par le congrès à la majorité des trois cinquièmes des membres présents, à l’issue d’une audition.
153. Toutefois, bien que le rapporteur général dirige le service d’instruction, il n’a pas la qualité de « membre » de l’Autorité au sens de l’article 27-1 de la Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. En conséquence, les règles d’incompatibilité qui s’appliquent aux membres du Collège, et visent à garantir l’indépendance de l’Autorité, ne sont pas applicables au rapporteur général. Ce dernier n’est ainsi pas soumis à l’interdiction d’avoir exercé un emploi public en Nouvelle-Calédonie au cours des trois années précédant l’ouverture de la procédure de nomination.
154. Les règles d’incompatibilité applicables au rapporteur général sont directement fixées par le Code de commerce, en son article Lp. 461-4 II, lequel dispose que « *la fonction de rapporteur général est incompatible avec : 1° tout mandat électif ; 2° tout autre emploi public ; 3° toute détention, directe ou indirecte, d’intérêts dans une entreprise du secteur dont l’autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie assure la régulation* ».
155. Afin de renforcer la cohérence et de garantir le même niveau d’indépendance entre les membres du Collège et le rapporteur général, l’Autorité propose d’harmoniser les règles d’incompatibilité applicables à cette dernière fonction avec celles qui s’appliquent déjà au président et aux membres du Collège.

Recommandation n° 17 : l’Autorité recommande de compléter l’article Lp. 461-4 II du Code de commerce afin de préciser que la fonction de rapporteur général est incompatible avec : « *2° tout autre emploi public exercé en Nouvelle-Calédonie au cours des trois années précédant le début de la procédure de nomination* ».

C. L'élargissement des décisions pouvant être prises par le président de l'Autorité seul

156. L'article Lp. 461-3 du Code de commerce prévoit notamment les conditions dans lesquelles le président ou le vice-président de l'Autorité peut statuer seul.
157. L'Autorité propose d'étendre la liste des décisions relevant de la compétence du président statuant seul, dès lors qu'elles concernent des actes de procédure ou des décisions dont la portée demeure limitée, à savoir :
- les décisions de non-lieu prévues à l'article Lp. 464-6 ;
 - les décisions de dérogation dans le cadre du contrôle des opérations de concentration et de commerce de détail visées à l'article Lp. 431-4 et au VI de l'article Lp. 432-2²⁹ ;
 - les décisions de réexamen des mesures correctives mentionnées aux III et IV de l'article Lp. 431-7 et aux IV et V de l'article Lp. 432-4.
158. L'Autorité propose en outre qu'il soit explicitement précisé que ces décisions peuvent être prises sans la tenue d'une séance, afin de garantir la réactivité de la procédure.
159. La convocation du Collège de l'Autorité constitue en effet une procédure lourde et génératrice de délais et de coûts administratifs. Une rationalisation de certaines décisions qui pourraient être prises par le président statuant seul permettrait d'améliorer l'efficacité et la réactivité de l'Autorité, tout en optimisant la mobilisation de ses moyens.
160. Il convient de rappeler, à cet égard, que toutes les décisions prises par l'Autorité, y compris celles adoptées par le président statuant seul, demeurent susceptibles de recours devant les juridictions compétentes.

Recommandation n° 18 : l'Autorité recommande de modifier les troisième et quatrième alinéas de l'article Lp. 461-3 du Code de commerce comme suit : « *Le président, ou le vice-président, peut adopter, seul et sans organiser de séance, les décisions prévues à l'article Lp. 462-8, à l'article Lp. 464-6 et à l'article Lp. 444-1.*

Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues aux articles Lp. 431-5 et Lp. 432-3, des décisions accordées à titre dérogatoire visées à l'article Lp. 431-4 et au VI de l'article Lp. 432-2, des décisions de révision des mesures mentionnées aux III et IV de l'article Lp. 431-7 et aux IV et V de l'article Lp. 432-4, des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures et des décisions relatives aux mesures conservatoires prises en application de l'article Lp. 464-1, sous réserve que le sens de la décision soit en accord avec la proposition du service d'instruction. A défaut, la décision est prise dans les conditions fixées à l'alinéa 1^{er}. »

D. L'amélioration du suivi des recommandations de l'Autorité

161. Dans la mesure où les avis de l'Autorité sont consultatifs et ne lient pas les instances qui les ont sollicités, les recommandations de l'Autorité peuvent être totalement suivies, partiellement suivies ou non suivies.
162. Leur mise en œuvre peut également dépendre de l'adoption d'un texte d'application. Il arrive aussi que l'Autorité n'ait pas connaissance du suivi donné à ses recommandations, par exemple

²⁹ Ces décisions sont par ailleurs temporaires et la décision finale est déjà prise par le président seul.

lorsqu'elle est saisie par d'autres instances que le congrès ou le gouvernement ou parce que ces derniers n'ont pas encore pris leur décision par rapport à ces recommandations³⁰.

163. Dans son rapport d'observations définitives du 11 février 2024 relatif à la gestion de l'Autorité³¹, la Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie a souligné la nécessité de renforcer le suivi de la mise en œuvre des recommandations formulées par l'Autorité dans le cadre de ses avis. Elle estimait ainsi que, « *vu l'importance des évolutions réglementaires recommandées par l'autorité, le suivi de la mise en œuvre de ses recommandations doit être amélioré en introduisant un suivi pluriannuel* ».
164. La Chambre proposait en particulier qu'une évolution du Code de commerce permette à l'Autorité « *d'interroger le gouvernement sur le suivi de ses recommandations* », dans une logique de suivi et d'évaluation de l'action publique.
165. Afin de tenir compte de ces observations, l'Autorité propose de compléter l'article Lp. 462-1 du Code de commerce, en y insérant un nouvel alinéa permettant de disposer des éléments nécessaires au suivi de ses recommandations.

Recommandation n° 19 : l'Autorité recommande que l'article Lp. 462-1 du Code de commerce soit complété par l'alinéa suivant : « *Lorsque l'avis rendu par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie donne lieu à des recommandations, le saisissant transmet à l'autorité, à sa demande, les éléments nécessaires au suivi de ces recommandations. Il en va de même pour les avis rendus sur le fondement des articles Lp. 411-1, Lp. 411-3, Lp. 413-13 et Lp. 440-2.* ».

Délibéré sur le rapport oral de Mme Sophie Charlot, rapporteure générale, Mme Caroline Genevois, Mme Amandine Jacquemot, M. Gordon Rondel-Frajder, rapporteurs, par M. Stéphane Retterer, président, Mme Johanne Peyre et M. Jérémy Bernard, membres de l'Autorité.

La secrétaire de séance



Marie-Bernard Munikihafata

Le président



Stéphane Retterer



³⁰ Voir notamment les rapports annuels de l'Autorité qui dressent chaque année un bilan du suivi donné aux recommandations formulées dans ses avis. Ces rapports sont disponibles sur le site internet de l'Autorité, rubrique « Feuilles de route et rapports annuels ».

³¹ Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie, rapport d'observations définitives du 11 février 2024, Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, Exercices 2018 et suivants.