



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Décembre 2020 - N°2



UNIVERSITÉ PARIS 1

PANTHÉON SORBONNE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole
Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
David CHILSTEIN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux
Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster
Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg
Frédérique FERRAND, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Daniel GUTMANN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université
Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier
Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes
Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université
Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po
Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Thomas CLAY, Administrateur provisoire de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de la revue

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale

- Volet édition :

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, responsable éditoriale
Camille SCOTTO D'ARDINO, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Emma BRETON

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en *open access*

Disponible sur : <https://irjs.panthéonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>



Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 77 82

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2020, mise en ligne le : 15 décembre 2020

Sommaire

Édito	3
<i>Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie</i>	6
Pauline MILON	
<i>Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la hard law</i>	47
Ivan TCHOTOURIAN, Loïc GEELHAND DE MERXEM, Alexis LANGENFELD, Margaux MORTEO, Audrey HOULE	
<i>Droit de l'urgence et crise sanitaire</i>	97
Emmanuel JEULAND et Sophie PRÉTOT (sous la direction de)	
<i>Les règlements de peste dans l'ancien droit français</i>	103
Claire LOVISI	
<i>Droit constitutionnel et états d'urgence</i>	117
Agnès ROBLLOT-TROIZIER	
<i>Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire</i>	128
Jean-Baptiste JACOB	
<i>Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts</i>	149
William GILLES	
<i>Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique</i>	161
Liane HUTTNER	
<i>Urgence sanitaire et droit pénal</i>	165
Anne SIMON	
<i>La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?</i>	171
Sophie PRÉTOT	
<i>Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine</i>	178
Rébecca DEMOULE	

<i>Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté</i>	184
David LEMBERG	
<i>COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?</i>	186
Pascal LOKIEC	
<i>Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie</i>	190
Flora DUFFAUD	
<i>Le droit de l'urgence et les finances publiques</i>	193
Matthieu CONAN	
<i>Fiscalité et droit de l'urgence</i>	200
Ludovic AYRAULT	
<i>Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?</i>	204
Xavier LAGARDE	
<i>Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs</i>	212
Emmanuel JEULAND	
<i>Le droit à la preuve</i>	218
Gilles GOUBEAUX	

Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie

Pauline MILON*

*Docteure en droit public (Université d'Aix-Marseille-Université de Lausanne)
Post-doctorante à l'Université de Brasilia (UnB)*

Summary: *We propose here to highlight the contribution of the New Caledonian Competition Authority (NCCA) to the theory of independent administrative authorities (IAA). While the IAA have acquired full recognition by the law of January 20, 2017 on the general status of independent administrative authorities, the contribution of the NCCA to the effectiveness of socio-economic rights and freedoms renewing the exercise of power makes it a model capable of setting an example to follow. It is indeed a means of overcoming the shortcoming of traditional state institutions unable to ensure the effectiveness of certain branches of law.*

Keywords: *New Caledonian Competition Authority, New Caledonia, Independent Administrative Authority, socio-economic freedoms, Rule of Law, State Regulation of the Economy, Freedom of Competition, expensive living phenomenon, Environmental Protection Authority.*

Résumé : Nous nous proposons ici de mettre en évidence l'apport de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie (ACNC) à la théorie des autorités administratives indépendantes (AAI). Alors que les AAI ont acquis une pleine reconnaissance par la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes¹, la contribution de l'ACNC à l'effectivité des droits et libertés socio-économiques renouvelant l'exercice du pouvoir en fait un modèle susceptible de constituer un exemple à suivre. Elle constitue en effet un moyen de pallier les carences des institutions étatiques traditionnelles incapables d'assurer l'effectivité de certaines branches du droit.

Mots-clés : autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, Nouvelle-Calédonie, autorité administrative indépendante, libertés socio-économiques, État de droit, encadrement étatique de l'économie, liberté de la concurrence, phénomène de la « vie chère », Autorité de protection de l'environnement.

* @ : pauline.m.milon@gmail.com / ORCID : 0000-0003-0525-9751

¹ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017.

Pour citer cet article : Pauline MILON, « Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie », *Revue Juridique de la Sorbonne*, n° 2, décembre 2020, p. 6 - 46.

URL : [https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés -Milon.pdf](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Le%20d%C3%A9veloppement%20du%20r%C3%B4le%20des%20autorit%C3%A9s%20administratives%20ind%C3%A9pendantes%20pour%20la%20protection%20des%20droits%20et%20libert%C3%A9s%20-Milon.pdf)

Introduction

Près de quarante ans après la création de la CNIL, première « autorité administrative indépendante » (AAI) française², la Nouvelle-Calédonie a fait le choix de ce modèle institutionnel original pour le développement de son économie avec le vote de la loi du pays portant création de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie (ACNC) le 24 avril 2014³. L'originalité des AAI est annoncée dans leur dénomination même. Le premier terme est en quelque sorte le résultat des deux termes suivants. En effet, l'AAI constitue une « autorité », au sens à la fois organique d'« institution de l'État⁴ » et politique, au sens de « magistrature d'influence⁵ » tout d'abord car elle est une « Administration », c'est-à-dire un « instrument, un appareil, un ensemble de services⁶ » dévolu à l'exécution de politiques publiques. La nature « administrative » des AAI qui constitue, comme le rappelle le Rapport du Conseil d'État de 2001, « un élément incontestable⁷ », leur assure une légitimité en tant qu'institution publique contribuant à la défense et la promotion de l'intérêt général. Ensuite, le pouvoir d'influence des AAI découle de leur « indépendance ». En effet, le rapport hiérarchique dans lequel elles se situent vis-à-vis du Gouvernement diffère des autres administrations dont « dispose » le Gouvernement en vertu de l'article 20 de la Constitution⁸. La création de ces institutions administratives « indépendantes » est devenue à une certaine époque nécessaire pour renforcer l'État de droit car, comme le relève Olivier Beaud, les AAI sont « la preuve vivante que, à un moment donné, l'État français [...] n'a plus fait confiance à sa propre administration, c'est-à-dire aux ministères, en transférant la charge de "réguler" tel ou tel domaine des fonctionnaires à d'autres membres censés être plus impartiaux⁹ ». Les

² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JORF du 7 janvier 1978 p. 227), chapitre II relatif à la Commission nationale de l'Informatique et des libertés (CNIL), articles 6 à 13.

³ Loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C du 29 avril 2014, p. 4150. Précisions que l'ACNC ne vit le jour qu'en 2018, quatre années ayant été nécessaires aux institutions néo-calédoniennes pour mettre en œuvre les modalités pratiques nécessaires à son fonctionnement et notamment nommer ses membres.

⁴ M. DE VILLIERS, A. DE DIVELLE (dir.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2013, 9^e éd., p. 18.

⁵ J. MOUCHETTE, *La Magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2019.

⁶ M. DE VILLIERS, A. DE DIVELLE (dir.), *op. cit.*, p. 5.

⁷ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Jurisprudence et avis de 2000*. Les Autorités administratives indépendantes, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 293.

⁸ Article 20 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Il [le Gouvernement] dispose de l'administration et de la force armée ».

⁹ O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 240-241 cité par J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 12.

AAI contribuent ainsi au « renouvellement [d]es pratiques du pouvoir¹⁰ » et renforcent, *in fine*, l'État de droit.

Pour revenir plus précisément au sujet qui nous anime, l'émergence d'une autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie qui supplée la compétence de l'Autorité métropolitaine de la concurrence amplifie les enjeux posés par l'apparition d'une telle institution au sein des organes de l'État. L'étude de l'ACNC suscite donc notre intérêt à deux égards. En tant qu'autorité administrative indépendante « territorialisée », la création d'une institution dotée de pouvoirs étendus participe au processus d'autonomisation politique et juridique de la Nouvelle-Calédonie. En tant qu'autorité de régulation de la concurrence mise en place pour lutter contre l'encadrement étatique de l'économie et le phénomène de la vie chère, elle contribue à son indépendance économique. Ainsi, la nature *sui generis* de l'ACNC, dont l'indépendance est garantie par un encadrement parlementaire, au service de l'État de droit (I), lui permet en effet d'assurer sa fonction première qui est de garantir l'exercice effectif des droits et libertés socio-économiques (II).

I. La contribution de l'ACNC à l'indépendance juridique et politique de la Nouvelle-Calédonie. Vers un renforcement de l'État de droit

Les autorités administratives indépendantes exercent des prérogatives gouvernementales sans être pour autant liées par un rapport hiérarchique préservant l'autorité du Gouvernement. De ce fait, ces institutions sont soumises à des contre-pouvoirs seuls à même d'assurer leur légitimité démocratique. Ainsi, la présence d'un commissaire du Gouvernement au sein de certaines AAI dont les autorités de concurrence métropolitaines et ultra-marines¹¹, pouvant faire craindre un « soupçon d'absence d'indépendance [de l'AAI] à l'égard du Gouvernement¹² », constitue une

¹⁰ J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 1.

¹¹ L'Autorité de la concurrence comporte un commissaire du Gouvernement, désigné par le Ministre chargé de l'économie (Article L. 461-2 du Code de commerce, modifié par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, art. 28) et ayant la fonction de directeur ou de sous-directeur de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Voir par exemple l'arrêté du 19 avril 2018 portant nomination du commissaire du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence, JORF n° 0098 du 27 avril 2018, qui désigne Mme Virginie Beaumeunier directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes comme commissaire du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence. Au sein de l'ACNC, le commissaire du Gouvernement de la Calédonie n'est pas désigné spécifiquement auprès de l'ACNC.

¹² Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 40. Précisions que la présence du commissaire du gouvernement ne nuit pas à l'indépendance de l'ACNC car il ne dispose que de pouvoirs secondaires et il est dépourvu de compétence décisionnelle. Au sein de l'ACNC, le commissaire du Gouvernement de la Calédonie n'est pas désigné spécifiquement auprès de l'ACNC mais il est présent dans de nombreuses procédures, comme lors de la notification de griefs en matière de pratiques anticoncurrentielles (voir à ce propos l'article Lp. 463-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie) ; préalablement à l'édition d'une sanction pécuniaire, l'ACNC doit avoir entendu l'entreprise et le commissaire du Gouvernement (voir à ce propos l'article Lp. 464-2, V, al. 2 du Code de commerce

contrepartie nécessaire à l'abandon par le Gouvernement de certaines de ses fonctions et permet d'assurer l'unité de l'État et la cohérence de l'action publique¹³. Les AAI sont en outre contrôlées par le Parlement. En effet, depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 tendant à rééquilibrer les pouvoirs du Parlement par rapport à ceux du Gouvernement¹⁴, l'article 24 de la Constitution dispose que le Parlement doit « contrôler[r] l'action du Gouvernement » et « évalue[r] les politiques publiques¹⁵ » ; le Gouvernement est « responsable devant le Parlement » selon l'article 20 de la Constitution¹⁶. Ces fonctions de contrôle et d'évaluation permettent au Parlement d'examiner l'adéquation des moyens mis en œuvre par le Gouvernement, ou, ici, une institution de substitution, avec les objectifs qu'il poursuit.

Il s'agira dans le cas présent de comprendre dans quelle mesure l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie peut être encadrée et contrôlée par le Parlement (A), tout en demeurant pleinement « indépendante ». Son existence autonome lui permet en effet de ne pas être réduite à un simple démembrement de l'Administration ou du Gouvernement. L'enjeu de ce questionnement est d'autant plus important et complexe que l'ACNC est une AAI « territorialisée » et participe à l'indépendance du territoire néo-calédonien. L'indépendance de l'ACNC, inscrite dans la « séparation des

applicable en Nouvelle-Calédonie) ; le calendrier des séances doit être communiqué au commissaire du Gouvernement (voir à ce propos l'art. 56 du Règlement intérieur de l'ACNC, annexe à la décision n° 2018-D-02 du 2 mars 2018) ; l'ordre du jour des séances est transmis au commissaire (voir à ce propos l'article 63 du Règlement intérieur de l'ACNC). Enfin, le commissaire du Gouvernement peut demander à être entendu lors des séances pour « présenter des observations et répondre aux questions de l'Autorité. Le temps de parole accordé aux parties et au commissaire du gouvernement est fixé par le Président ou le vice-Président de l'Autorité dans l'ordre du jour [...] L'absence des parties ou du commissaire du gouvernement ne fait pas obstacle à la tenue de la séance » (voir à ce propos l'article 64 du Règlement intérieur de l'ACNC).

¹³ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 39-40.

¹⁴ Exposé des motifs du Projet de loi de révision constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République (n° 820), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008. Il y est précisé que la révision tend à confier des « prérogatives renforcées » aux Assemblées pour leur permettre l'exercice des missions qui leur sont confiées et nouvellement explicitées dans le texte constitutionnel, et notamment à l'article 24 de la Constitution telle que révisée. « La revalorisation du Parlement passe d'abord par l'énonciation solennelle de ses missions ; tel est l'un des objets de l'article 9 du projet, qui comble une lacune significative de l'actuel article 24 de la Constitution. Elle exige ensuite que, pour les missions ainsi identifiées (vote de la loi et contrôle de l'action du Gouvernement), les assemblées disposent de prérogatives renforcées ».

¹⁵ Article 24 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Il [le Gouvernement] contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques », issu de l'article 9 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890). La première application de la nouvelle attribution parlementaire (art. 24 al. 1, 2^e phrase), le Parlement « évalue les politiques publiques », concerna les AAI, à travers une mission d'étude confiée à deux députés, R. DOSIÈRE et C. VANNESTE, qui élaborèrent un rapport très complet sur les AAI, le *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 octobre 2010, n° 2925.

¹⁶ Article 20 al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Il [le Gouvernement] est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50 ».

pouvoirs » nécessaire dans tout État de droit contribue plus précisément à l'autonomie politique et juridique de la Nouvelle-Calédonie¹⁷ (B).

A. L'encadrement de l'ACNC au service de sa légitimité démocratique

Pour remplir sa mission générale de mise en œuvre du fonctionnement concurrentiel des marchés sur le territoire néo-calédonien, l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie dispose de pouvoirs étendus – de nature réglementaire, de sanction et d'investigation – faisant d'elle un réel contre-pouvoir face aux organes traditionnels de l'État. L'Autorité néo-calédonienne de la concurrence sera donc contrôlée par le Parlement pour que sa légitimité démocratique soit reconnue par l'appareil étatique traditionnel, dans un premier temps bien frileux à l'égard des AAI¹⁸.

Le « contrôle » de l'ACNC par le Parlement est exercé en amont car leur existence est soumise au vote d'une loi et la nomination de ses membres à l'absence d'opposition parlementaire (1). En outre, l'encadrement parlementaire est réalisé en aval, une fois que l'autorité est en activité, par l'examen de son rapport annuel d'activité et le contrôle *a posteriori* de ses dépenses (2).

1. Le contrôle exercé en amont de la mise en œuvre de l'ACNC

Dans son rapport de 2006, le Sénateur Gélard rappelait que « seul le Parlement peut consentir des exceptions au principe de responsabilité du Gouvernement devant lui, par la mise en place d'autorités échappant au contrôle hiérarchique du pouvoir exécutif¹⁹ ». L'article 1 de la loi organique du 20 janvier 2017²⁰ relative aux autorités administratives indépendantes dispose à cet égard que « Toute autorité administrative indépendante [...] est instituée par la loi ». En outre, l'alinéa 2 précise que « la loi fixe les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des autorités administratives indépendantes ». La création de l'ACNC obéira à cette même logique. La loi organique du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit que c'est une « loi du pays » qui engendre la création par la Nouvelle-Calédonie

¹⁷ Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Voir à ce propos R. FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Droit constitutionnel*, n° 44, juin 2014 ; J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/3 (n° 83), p. 483-496.

¹⁸ En 2001, le Conseil d'État recommandait de « s'assurer de la nécessité du recours à une autorité administrative indépendante plutôt qu'à une autre solution institutionnelle », Conseil d'État, Rapport public 2001, *Jurisprudence et avis de 2000*. Les Autorités administratives indépendantes, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 377.

¹⁹ Office Parlementaire d'évaluation de la législation, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, t. 1, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2006, p. 62.

²⁰ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017.

d'une autorité administrative indépendante et délimite ses attributs et ses différents pouvoirs²¹. Or, ces « lois du pays » sont, depuis les Accords de Nouméa du 5 mai 1998²², des actes « quasi-législatifs » adoptés par le Congrès de Nouvelle-Calédonie dans les domaines définis par l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 précitée²³. Dans ce contexte, le Congrès, composé de cinquante-quatre membres faisant partie de l'une des trois « assemblées de province²⁴ », est l'Assemblée délibérante néo-calédonienne. Il est en effet doté d'attributs qui le rapprochent d'une assemblée parlementaire et exerce à ce titre une fonction législative²⁵ et une fonction de contrôle du Gouvernement calédonien²⁶. Ainsi, le Congrès votera la loi du pays du 24 avril 2014 permettant la création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie²⁷. Le législateur organique a donc réservé la compétence de la création des autorités administratives indépendantes au législateur. Ce « monopole » parlementaire constitue la contrepartie de l'exception à la responsabilité gouvernementale devant le Parlement, mais sera aussi une garantie de l'indépendance des AAI leur assurant une place dans le puzzle complexe des institutions de l'État. En effet, la compétence exclusive du législateur pour la création d'une institution administrative indépendante a vocation à les prémunir d'un risque de suppression par une simple disposition réglementaire, ce qui participe à leur indépendance vis-à-vis du Gouvernement. Cependant, en l'absence de

²¹ Article 1 de la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (JORF n° 0266 du 16 novembre 2013, p. 18616), qui ajoute un article 27-1 à la loi organique de 1999 ainsi rédigé : « Lorsque la Nouvelle-Calédonie crée une autorité administrative indépendante aux fins d'exercer des missions de régulation dans un domaine relevant de ses compétences, la loi du pays peut [...] lui attribuer le pouvoir de prendre les décisions, même réglementaires, celui de prononcer les sanctions administratives mentionnées à l'article 86, ainsi que les pouvoirs d'investigation et de réglementation des différends, nécessaires à l'accomplissement de ses missions ».

²² Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039.

²³ Article 99 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999 (n° 99-209), JORF n° 0068 du 21 mars 1999.

²⁴ Précisons que la Nouvelle-Calédonie est découpée en trois collectivités, appelées « provinces » : la Province Nord, la Province Sud et la Province des îles Loyauté.

²⁵ Le Congrès de Nouvelle-Calédonie dispose dans le cadre de sa fonction délibérative d'un « pouvoir législatif » qui lui permet d'adopter des lois du pays dans plusieurs domaines, définis à l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999. Le Conseil d'État intervient en amont (article 100 de la loi organique du 19 mars 1999) et la conformité à la Constitution de ces lois du pays peut être contrôlée *a priori* par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., décision n° 2014-4, Lp du 21 novembre 2014, Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, cons. 4 : le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays « doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'Accord de Nouméa et des dispositions organiques prises pour leur application »). En outre, le Gouvernement de Nouvelle-Calédonie est responsable devant le Congrès (art. 95 de la loi organique du 19 mars 1999).

²⁶ Le « Gouvernement » de la Nouvelle-Calédonie est l'organe exécutif ; il est responsable devant le Congrès en vertu de l'article 95 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999 qui prévoit la possibilité pour le Congrès de mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure. Il est élu par le Congrès au scrutin de liste à la représentation proportionnelle, et, après l'élection de ses membres, il est convoqué par le haut-commissaire et procède, au scrutin secret et à la majorité de ses membres, à l'élection du président (Thierry Santa, depuis 2019) et du vice-président.

²⁷ Loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, JONC du 29 avril 2014, p. 4150.

constitutionnalisation de l'autorité, le législateur peut toujours modifier le statut des AAI qui est organisé au sein d'une loi ordinaire, voire supprimer l'institution de la même façon qu'il l'a créée, c'est-à-dire par le simple vote d'une loi. Or, en situation de fait majoritaire, cette absence peut les placer en situation de dépendance organique vis-à-vis du Gouvernement. Pour accroître l'indépendance des AAI, le sénateur Patrice Gélard avait pourtant recommandé en 2014 d'affirmer le monopole de création des AAI dans la Constitution ou au sein d'une loi organique dont le vote est plus contraignant que celui d'une loi ordinaire et accompagné systématiquement d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité²⁸. Mais toujours est-il qu'en dehors du Défenseur des droits mentionné à l'article 71-1 de la Constitution et qualifié dans un premier temps d'« autorité *constitutionnelle* indépendante²⁹ », les AAI ne figurent pas dans un titre spécifique de la Constitution³⁰ et peuvent donc être créées et supprimées par le simple vote d'une loi. Le Conseil constitutionnel est bien venu préciser que la suppression ou le remplacement d'une AAI ne peut se faire qu'à la condition que cela ne vienne pas « priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel³¹ », mais il protège ici plus la liberté publique garantie par l'autorité que l'autorité elle-même. Le risque de suppression d'une autorité administrative indépendante n'est pas abstrait, ce qu'illustre la disparition du Défenseur des enfants en 2011³² en dépit du risque

²⁸ L'adoption des lois organiques prévue par l'article 46 de la Constitution n'est pas aussi contraignante que celle des révisions constitutionnelles (voir l'article 89 de la Constitution relatif à la révision de la Constitution qui nécessite le dépôt d'un projet de révision constitutionnelle par le Président de la République, sur proposition du Premier Ministre, ou par le Parlement ; le texte doit être adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées, sans qu'il soit possible de réunir une commission mixte paritaire, et définitivement adopté soit par référendum, soit à la majorité des trois cinquièmes). Ainsi, à la différence du vote d'une loi ordinaire, en cas de désaccord du Sénat, la loi organique doit être adoptée par l'Assemblée nationale à la majorité absolue (art. 46 al. 3) et les lois organiques sont obligatoirement soumises au Conseil constitutionnel (art. 46 al. 5).

²⁹ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011, article 2 : « Le Défenseur des droits, *autorité constitutionnelle indépendante* [nous soulignons], ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction ». Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 29 mars 2011 (n° 2011-626 DC), à propos de la loi organique relative au Défenseur des droits, considère qu'« en érigeant le Défenseur des droits en "autorité constitutionnelle indépendante", le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ». Cela a conduit à la modification de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits par la loi n° 2017-54 du 20 janvier 2017, art. 5, remplaçant le terme « constitutionnelle » par « administrative ».

³⁰ Titre XI Bis de la Constitution de 1958, Le Défenseur des droits, article 71-1, résultant de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497), complétée par la loi ordinaire n° 2011-334 relative au Défenseur des droits (JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5504) du même jour.

³¹ Conseil constitutionnel, décision n° 86-217, Loi relative à la liberté de communication, cons. 4 et 5 : « Considérant que la substitution à la Haute autorité de la communication audiovisuelle [...] de la Commission nationale de la communication et des libertés n'a pas, à elle seule, pour effet de priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ».

³² Le Défenseur des enfants était une AAI instituée par la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 chargée de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant. Il a été supprimé suite à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

d'affaiblissement de la mission de défense et de promotion des droits de l'enfant³³. Malgré tout, pour revenir à notre sujet, si la dépendance de l'ACNC à l'égard du Congrès néo-calédonien existe, cette dépendance est moindre vis-à-vis des institutions de la Métropole. En effet, la compétence pour la création de l'ACNC et la compétence plus générale de la Nouvelle-Calédonie dans le domaine de la concurrence a été déléguée aux institutions calédoniennes par le vote d'une loi organique. Sa suppression par les autorités métropolitaines nécessiterait donc le vote d'une nouvelle loi organique. Cela participe à l'objectif d'« autonomie progressive³⁴ » du territoire ultra-marin.

Outre l'influence qu'il exerce sur l'existence des AAI, le Parlement joue un rôle quant à leur composition. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³⁵, l'article 13 al. 5 de la Constitution subordonne certaines nominations du Chef de l'État à l'absence d'opposition parlementaire. Il dispose qu'une « *loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation [nous soulignons], le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée* ». Cet alinéa est entré en application avec la loi organique du 23 juillet 2010³⁶ qui vient préciser les emplois concernés. Elle énumère cinquante-deux fonctions dont celle de Président de l'Autorité de la concurrence³⁷ qui remplit les deux critères énoncés par l'alinéa 5 de l'article 13 : en veillant au bon fonctionnement concurrentiel des marchés, l'Autorité préserve, comme nous le verrons dans la seconde partie de l'article des « droits et libertés », la liberté de concurrence qui contribue à la « vie économique et sociale » du pays. Ainsi, la procédure de nomination du Président de l'Autorité de la concurrence est strictement encadrée. La nomination est précédée d'un avis des commissions parlementaires compétentes à la suite d'une audition publique³⁸. Le nom du candidat à la fonction est rendu public au moins huit jours avant son audition par la

³³ Voir à ce propos la Question écrite n° 10598 de Mme Samia Ghali, publiée dans le JO Sénat du 22 octobre 2009, p. 2458. La Sénatrice souligne l'utilité de l'institution et le risque de dilution de ses missions au sein d'un nouveau Défenseur des droits (qui n'aurait aucun périmètre défini concernant la mission de protection des droits fondamentaux de l'enfant), et cela malgré l'utilité de l'institution ayant reçu en moins de dix ans près de 20 000 réclamations.

³⁴ G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Seuil, 2019, p. 286.

³⁵ Article 5 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

³⁶ Loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, JORF n° 0169 du 24 juillet 2010, p. 13642.

³⁷ Loi organique du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution précitée, article 3, annexe.

³⁸ Loi ordinaire n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution précité, article 1 : « Les commissions permanentes de chaque assemblée parlementaire compétentes pour émettre un avis sur les nominations aux emplois et fonctions pour lesquels le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce dans les conditions fixées au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution sont celles figurant dans la liste annexée à la présente loi. L'avis mentionné au premier alinéa est précédé d'une audition par les commissions permanentes de la personne dont la nomination est envisagée. L'audition est publique sous réserve que la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale. Cette audition ne peut avoir lieu moins de huit jours après que le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été rendu public ».

commission permanente compétente de chaque Assemblée parlementaire. Au terme de cette audition publique, les membres des deux commissions permanentes peuvent s'opposer à la nomination à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, les voix des membres des deux commissions s'additionnant. Le contrôle « parlementaire » portant sur la nomination du collège de l'ACNC ne pouvait pas être prévu par la loi organique du 23 juillet 2010 puisqu'à cette date, l'AAI n'avait pas encore été créé mais il sera organisé de la même manière que pour la nomination du Président de l'Autorité de la concurrence métropolitaine. Ainsi, les membres permanents sont nommés par arrêté du Gouvernement³⁹ à la condition préalable que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie approuve la proposition gouvernementale par un vote à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés⁴⁰. Le rejet en 2017 par le Congrès néo-calédonien du premier collège de l'ACNC sur lequel nous reviendrons par la suite témoigne de l'utilité de l'encadrement parlementaire du « pouvoir de nomination » par le Chef de l'État des membres les plus influents des institutions publiques. Ce « droit de regard » du Parlement sur les nominations est en effet essentiel pour éviter les nominations de complaisance permettant, comme le souligne Guy Carcassonne, de « gratifier un collaborateur plus connu pour sa fidélité ou ses attachements partisans que pour ses qualités professionnelles et morales⁴¹ ». Ce contrôle renforcera alors l'indépendance des AAI en garantissant aux yeux des citoyens la probité et l'impartialité de ses membres.

2. Le contrôle exercé en aval de la mise en œuvre de l'ACNC

Le Parlement exerce aussi un contrôle de l'ACNC en aval de sa création par le biais de l'obligation qui incombe aux autorités administratives indépendantes de soumettre un rapport annuel d'activité. Le rapport du Conseil d'État de 2001 recommandait déjà aux AAI « d'éditer des documents clairs et pédagogiques, indiquant les conditions dans lesquelles elles interviennent et précisant le contenu des règles en vigueur, l'interprétation jurisprudentielle qui en a été donnée et la doctrine dont elles entendent faire application, sous le contrôle du juge⁴² ». Les rapports annuels et, de manière

³⁹ Voir à ce propos l'arrêté n° 2018-65/GNC du 16 janvier 2018 (JONC du 25 janvier 2018) portant nomination de Mme Auréle Zoude-Le-Berre en qualité de président de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie ; ou encore l'arrêté n° 2018-69/GNC du 16 janvier 2018 (JONC du 25 janvier 2018) portant nomination de M. Mathieu Buchberger en qualité de membre non permanent de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie.

⁴⁰ La loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013, article 1, portant actualisation de l'article 93-1 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, créant l'article Lp. 461-1 II du Code du commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Les membres d'une autorité administrative indépendante créée dans les conditions prévues à l'article 27-1 sont nommés par arrêté du Gouvernement. Cette nomination ne peut intervenir que si, après une audition publique du candidat proposé par le Gouvernement, le Congrès approuve, par un avis adopté à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, la candidature ainsi proposée ».

⁴¹ G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 114. Sur les effets du contrôle parlementaire de manière plus générale, voir aussi A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010/3, n° 134, p. 123-139.

⁴² Conseil d'État, Rapport public 2001, *Jurisprudence et avis de 2000*. Les Autorités administratives indépendantes, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 372.

générale, les publications des autorités administratives indépendantes sont un moyen de communication essentiel permettant de présenter aux pouvoirs publics et aux acteurs concernés les activités de l'institution pour les éclairer sur ses priorités, ses objectifs, ou encore son interprétation des réglementations. La soumission de ces rapports constitue à cet égard un élément central pour l'activité parlementaire de contrôle et d'évaluation des politiques publiques évoquée précédemment. Pour renforcer la portée de ces documents, le Sénateur Gélard préconisait qu'ils soient systématiquement déposés devant le Parlement et que ce dépôt soit accompagné d'une présentation systématique devant les commissions permanentes compétentes de chaque Assemblée⁴³. Gélard recommandait en outre un encadrement légal de son contenu et la présence de rubriques obligatoires ayant plus précisément trait aux aspects financiers de l'institution. Selon lui, la présence du bilan de l'utilisation par l'autorité des crédits ou encore la mise en œuvre des règles de déontologie participerait à la recherche de transparence et accroîtrait la légitimité des autorités⁴⁴. Finalement, l'article 21 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI reprend dans les grandes lignes ces recommandations et dispose que « Toute autorité administrative indépendante [...] adresse chaque année, avant le 1^{er} juin, au Gouvernement et au Parlement un rapport public rendant compte de l'exercice de ses missions et de ses moyens ». L'article poursuit en précisant que le rapport « comporte un schéma pluriannuel d'optimisation de ses dépenses qui évalue l'impact prévisionnel sur ses effectifs et sur chaque catégorie de dépenses des mesures de mutualisation de ses services avec les services d'autres autorités administratives indépendantes ». L'article Lp 461-5 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie⁴⁵ prévoit dans ce sens la soumission annuelle, avant le 30 juin, d'un rapport public d'activité au Gouvernement ainsi qu'au Congrès de la Nouvelle-Calédonie⁴⁶. Si l'article est silencieux quant au contenu du rapport, les rapports annuels

⁴³ Sénat, Rapport d'information n° 616 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, recommandation n° 27, p. 22 et recommandation n° 29, p. 23.

⁴⁴ Sénat, Rapport d'information n° 616 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, recommandation n° 28, p. 23.

⁴⁵ Article 9 de la loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC qui modifie l'article Lp. 461-5 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et transpose aux institutions du territoire ultramarin les dispositions concernant l'Autorité métropolitaine de la concurrence.

⁴⁶ Article Lp. 461-5 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, créé par l'article 9 de la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Le Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut entendre le président de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et consulter celle-ci sur toute question entrant dans le champ de ses compétences. Le président de l'autorité rend compte des activités de celle-ci devant le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, à sa demande. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie établit chaque année, avant le 30 juin, un rapport public rendant compte de son activité qu'elle adresse au Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et au Congrès de la Nouvelle-Calédonie ». Cet article a été modifié par la loi du pays n° 2019-10 du 19 avril 2019 (JONC du 25 avril 2019, p. 7811), art. 39 : le deuxième alinéa dispose maintenant que « Le président de l'autorité rend compte des activités de celle-ci devant le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, à sa demande » ; le premier et le troisième alinéas demeurent inchangés.

d'activité de l'ACNC de 2018⁴⁷ et de 2019⁴⁸ font bien état des « moyens » financiers employés par l'Autorité et présentent tous deux leur budget, avec une répartition des dépenses, une synthèse de la consommation des crédits d'investissements et de fonctionnement, ainsi que les recettes que cette dernière perçoit grâce aux sanctions qu'elle inflige⁴⁹. Cependant, la présentation du budget ne dispense pas les AAI de l'exercice d'un contrôle parlementaire sur leurs dépenses. L'article 18 alinéa 2 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI exclut pour ces dernières l'application de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées⁵⁰ qui prévoit un contrôle financier *a priori* sur les actes émanant d'un ministre ou d'un fonctionnaire de l'administration centrale. Néanmoins, l'article 23 de la loi du 20 janvier 2017 prévoit un examen *a posteriori* des coûts financiers des AAI exercé par le Parlement grâce à la présentation par le Gouvernement d'un rapport présenté au moins cinq jours avant l'examen du projet de loi de finances et porté en annexe. Ce rapport doit permettre de rendre compte des dépenses de chaque AAI, de la rémunération de leurs membres ou encore exposer les objectifs et les indicateurs de performance de l'institution. Tous ces éléments sont l'occasion de vérifier l'adéquation des moyens donnés aux AAI avec leur mission⁵¹, sans porter toutefois atteinte à leur indépendance. En outre, les AAI peuvent être soumises, sur la base du volontariat, au contrôle budgétaire des contrôleurs budgétaires et comptables ministériels (CBCM) dans le cadre d'un arrêté du ministre chargé du budget⁵².

⁴⁷ ACNC, *Rapport d'activité*, 2018.

⁴⁸ ACNC, *Rapport annuel*, 2019, adopté par délibération le 5 juin 2020.

⁴⁹ En 2019, l'ACNC a infligé une sanction de 7,6 millions de francs à des entreprises d'ascenseurs ayant mis en œuvre des accords exclusifs d'importation. Voir à ce propos la décision ACNC n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 et le Rapport annuel d'activité de 2019 de l'ACNC, p. 18.

⁵⁰ Loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, JORF du 14 août 1922, p. 8558. Cette loi instaurait dans les administrations centrales un contrôle préalable des engagements de dépense, le contrôle financier central. Voir à ce propos J. RENY, « À propos de la loi du 10 août 1922. Défense et illustration du contrôle financier central », *La Revue administrative*, 42^e Année, n° 252 (nov. – déc. 1989), p. 526-537.

⁵¹ Article 23 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes : « Le Gouvernement présente, en annexe générale au projet de loi de finances de l'année, un rapport sur la gestion des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Cette annexe générale récapitule, par autorité et pour le dernier exercice connu, l'exercice budgétaire en cours d'exécution et l'exercice suivant : a) Le montant constaté ou prévu de leurs dépenses et leur répartition par titres ; b) Le montant constaté ou prévu des produits des impositions de toutes natures, des subventions budgétaires et des autres ressources dont elles bénéficient ; [...] e) Les rémunérations et avantages du président et des membres de l'autorité. [...] 3. Cette annexe générale comporte enfin [...] une présentation stratégique avec la définition d'objectifs et d'indicateurs de performance, une présentation des actions et une présentation des dépenses et des emplois avec une justification au premier euro. [...] Elle est déposée sur le bureau des assemblées parlementaires et distribuée au moins cinq jours francs avant l'examen du projet de loi de finances de l'année qui autorise la perception des impôts, produits et revenus affectés aux organismes divers habilités à les percevoir ».

⁵² L'arrêté est pris en application de l'article 88-I du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JORF n° 0262 du 10 novembre 2012). Cet arrêté dispose que « Le contrôle budgétaire des services centraux des ministères et des autorités administratives indépendantes est exercé par le contrôleur budgétaire et comptable ministériel, dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé du budget ».

Le contrôle parlementaire sur l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie est très important puisqu'il porte sur son existence, l'ACNC dépendant d'un vote du Congrès, sur sa substance, la nomination des membres du collège étant soumis à l'aval du Congrès, et sur son activité ainsi que ses finances, contrôlées par le prisme de ses rapports annuels. En effet, seul le législateur est « à même non seulement de légitimer, mais également de garantir l'indépendance de ces autorités administratives⁵³ ». Ce contrôle est nécessaire car il permet d'éviter les dérives d'une institution qui exerce des pouvoirs étendus. En outre, il lui assure une légitimité démocratique et participe à l'équilibre du pouvoir nécessaire à tout État de droit⁵⁴. Le contrôle de l'ACNC n'est donc nullement incompatible avec son indépendance, mais constitue *a contrario* un « moyen » de mise en œuvre de l'indépendance de l'institution. Dans ce sens, le législateur néo-calédonien a transposé les dispositions légales de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et doté sa première autorité administrative indépendante de tous les attributs nécessaires pour assurer son indépendance.

B. L'indépendance de l'ACNC au service de sa pérennité au sein des institutions étatiques

L'indépendance, c'est-à-dire la « garantie pour les citoyens que ceux qui font profession de les juger [...] sont en situation d'exercer leur métier à l'abri de toutes pressions » constitue l'assurance « pour les citoyens de leur propre liberté » et le « principe sans lequel les citoyens ne pourraient accorder leur confiance aux institutions⁵⁵ ». Ainsi, pour être qualifiés d'« indépendants », les institutions et leurs membres ne doivent pas subir de pressions qui entraveraient leur action, ni être soumis aux instructions d'une quelconque autorité⁵⁶. La législation du droit de l'Union européenne a été pionnière concernant l'exigence de l'indépendance des autorités de régulation. La directive du 13 juillet 2009 relative aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité⁵⁷ prévoyait à cet égard que les États doivent garantir

⁵³ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, recommandation n° 27, p. 22 et recommandation n° 29, p. 14.

⁵⁴ Rappelons la célèbre citation de Montesquieu tirée de *l'Esprit des Loix* (1748) : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir ».

⁵⁵ D. ROUSSEAU, « Indépendance de la justice », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 515.

⁵⁶ Dans l'arrêt de la CEDH, *Ciraklar c. Turquie*, du 28 octobre 1998, aff. n° 19601/92, la Cour énonce que « pour établir si un tribunal peut passer pour indépendant aux fins de l'article 6§1 [selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »], il faut notamment prendre en compte le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance » (§ 38).

⁵⁷ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JOUE du 14 août 2009, L. 211/55.

« l'indépendance des autorités de régulation et veiller à ce qu'elles exercent leurs compétences de manière impartiale et transparente⁵⁸ ». Dans cette optique, l'article 9 de la loi du 20 décembre 2017 dispose que les membres des AAI sont indépendants du pouvoir public, et à ce titre, ils ne « reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité⁵⁹ ».

Des règles concernant non seulement la composition, mais aussi l'organisation de ces instances assureront aux autorités administratives indépendantes une indépendance à l'égard du Gouvernement. Ainsi, le régime légal de l'ACNC prévoit son indépendance organique, vis-à-vis du pouvoir politique (1), et fonctionnelle, dans l'exercice de son activité (2).

1. L'indépendance organique de l'ACNC

L'indépendance « organique » des AAI, assimilable pour Julien Mouchette à une « indépendance d'esprit⁶⁰ », concerne la substance même de l'« organe » institutionnel, c'est-à-dire sa composition, et plus précisément les modalités entourant la nomination et la révocation de ses membres ainsi que l'absence de conflit d'intérêts de ces derniers vis-à-vis du secteur régulé. Pour assurer l'émancipation des membres des AAI à l'égard des autorités qui les ont nommés, l'article 7 de la loi du 20 janvier 2017 prévoit un mandat renouvelable seulement une fois, d'une durée comprise entre trois et six ans⁶¹. Le rapport Gélard de 2014 suggérait la règle de non-reconduction du mandat⁶² mais cette solution n'a sans doute pas été retenue en raison de la difficulté du recrutement des membres des AAI très spécialisées. Pour tenir compte de cette limitation, l'article 9 de la loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC qui prévoyait que « le mandat des membres du collège est renouvelable sans limitation, à l'exception de celui du Président qui n'est renouvelable qu'une seule fois⁶³ » a été modifié par la loi du pays du 30 septembre 2016⁶⁴. Le mandat du Président est harmonisé avec celui des autres membres du collège et l'article Lp. 461-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose désormais que « Le mandat des membres du collège n'est renouvelable qu'une seule fois » pour une durée de cinq ans⁶⁵. De plus, toujours dans

⁵⁸ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 (JOUE du 14 août 2009, L. 211/94), concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, article 39§4.

⁵⁹ Article 9 al. 2 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée.

⁶⁰ J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 54.

⁶¹ Article 5 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée.

⁶² Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 41.

⁶³ Article Lp. 461-1 III du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, créé par l'article 9 de la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC.

⁶⁴ Loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016, JONC du 11 octobre 2016, art. 3.

⁶⁵ Article 9 de la loi du pays n° 2014-12 portant création de l'ACNC, créant l'article Lp. 461-1, II du Code du commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

l'optique d'assurer l'indépendance organique des AAI, l'article 6 de la loi du 20 janvier 2017 organise l'irrévocabilité du mandat⁶⁶. La loi suit ici les recommandations du rapport Gélard qui estimait que la procédure de révocation des membres des AAI doit être strictement prévue par la loi pour éviter toute pression à leur rencontre, énumérant les cas justifiant une révocation⁶⁷ et exigeant qu'elle soit « prononcée par le collège à une majorité qualifiée⁶⁸ ». Enfin, l'indépendance organique des AAI est assurée par l'existence de critères relatifs à la maîtrise de savoirs exigée pour la nomination des membres des autorités administratives indépendantes. Ce critère de compétence entraîne une « diversification des profils » et l'ouverture de la composition des collèges des AAI⁶⁹. Or cette ouverture à la société civile tend à éviter, comme le soulignait le rapport du Sénateur Mézard en 2015, la « professionnalisation » des AAI, certains fonctionnaires faisant des carrières longues en passant d'une AAI à l'autre, et l'influence des « grands corps de l'État⁷⁰ » au sein de ces institutions ; 167 des 544 sièges des AAI, soit près de 30 %, étaient occupés au moment de la rédaction du rapport par des membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou de la Cour de cassation. La participation de personnes d'origines et de compétences diverses, notamment de professionnels du secteur permet d'inclure des « experts » dans les institutions. Ces derniers sont d'autant plus importants au sein des autorités de la concurrence qu'ils sont capables de « garantir la parfaite information de l'instance de décision sur les tenants et aboutissants des mesures à prendre, d'assurer la bonne adaptation de ces mesures aux réalités de terrain et de permettre de réagir avec souplesse aux mouvements de fond du marché⁷¹ ». Le travail des experts participe finalement à la singularité des AAI qui vient, comme le souligne Julien Mouchette, de « leur capacité autonome de recueil des informations utiles à la connaissance des difficultés et des dysfonctionnements du secteur en question soumis à leur autorité », passant nécessairement par « la détention d'une information originale, pertinente, crédible et complète⁷² ». À ce propos, le rapport Gélard de 2014 avait déjà retenu l'importance pour assurer la légitimité des AAI de la nomination de personnalités qualifiées, soumises « à des exigences de compétence en

⁶⁶ Article 6 al. 1 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée.

⁶⁷ Article 6 al. 2 et s. de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée. Le mandat peut être suspendu en cas d'empêchement à exercer les fonctions de membre du collège. La cessation de fonction peut aussi résulter d'une démission, être provoquée par un manquement grave aux obligations légales, par une incapacité définitive empêchant la poursuite du mandat, ou encore en cas de situation d'incompatibilité.

⁶⁸ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 41.

⁶⁹ Sénat, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, fait par Jacques Mézard, publié au Journal Officiel le 29 octobre 2015, p. 73-74.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁷¹ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52, p. 276.

⁷² J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 149.

rapport direct avec le domaine d'intervention de l'autorité⁷³ ». Ainsi l'article Lp. 461-1 II du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie requiert que le président de l'ACNC soit désigné « en raison de ses compétences dans les domaines juridiques ou économiques ». Avant 2016, le Président devait être désigné « en raison de ses compétences dans les domaines juridiques et économiques, *ainsi qu'en* [nous soulignons] raison de son expérience significative en droit et en pratique en matière de concurrence ». Cette double exigence, supprimée par la suite, avait cependant rendu le recrutement très difficile, aucun candidat réunissant l'ensemble des conditions n'avait été trouvé⁷⁴.

L'expertise développée par les AAI ne sera néanmoins acceptée et intégrée par les acteurs publics et privés concernés pour autant, rappelle le rapport du Conseil d'État de 2001, « que la diversité des métiers représentés au sein de la formation empêche toute collusion, que la qualité des membres de l'institution constitue un rempart au corporatisme et que son caractère suffisamment collégial interdit toute partialité⁷⁵ ». L'indépendance des AAI doit en effet exister autant à l'égard de la sphère politique que des milieux économiques. Il s'agira ici de prohiber tout « conflit d'intérêts », c'est-à-dire « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction⁷⁶ ». Cette recherche de probité de l'institution et de ses membres est nécessaire pour assurer la transparence de la vie politique, assurée autant dans la législation nationale⁷⁷ que dans celle de l'Union européenne⁷⁸. Dans cette

⁷³ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 41.

⁷⁴ Voir à ce propos l'avis de vacance de poste dans la fonction publique, n° CI14-3135-565 du 8 octobre 2014.

⁷⁵ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*. Études et documents n° 52, p. 276.

⁷⁶ Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (JORF n° 0238 du 12 octobre 2013, p. 16829, texte n° 2).

⁷⁷ En France, plusieurs lois ont été adoptées, notamment la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique luttant contre les conflits d'intérêts et la transparence démocratique (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n° 0238 du 12 octobre 2013, p. 16829) puis, dans le domaine économique, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique instituant notamment l'Agence française anticorruption ainsi que des dispositions mettant en place un régime spécifique de protection des lanceurs d'alerte (Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016).

⁷⁸ L'article 15 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, JOUE du 26 octobre 2012, C 326/47) prévoit un « droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union » pour toute personne physique ou morale de l'Union ainsi que la transparence des travaux pour « chaque institution, organe ou organisme » de l'Union. Des instruments normatifs sectoriels y font référence : Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs immobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé (JOUE du 6 novembre 2013, L 294/12) ; Directive du Conseil n° 90/313 du 7 juin 1990 relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement (JOCE n° L158 du 23 juin 1990, p. 56) ; Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (JOUE du 9 décembre 2019 L 317/1), créant de nouvelles règles de transparence pour les acteurs

optique, le chapitre premier de la loi de 2017 portant statut général des AAI est consacré à la « déontologie des membres », et l'article 9 dispose que « Les membres des autorités administratives indépendantes [...] exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts ». Pour réaliser ces objectifs, la loi de 2017 prévoit de nombreuses mesures, comme des incompatibilités entre le mandat de membre d'une AAI avec de nombreux autres mandats, notamment la fonction de maire, de Président de conseil départemental ou de la métropole de Lyon⁷⁹. De plus, il est interdit d'être membre de plusieurs AAI⁸⁰. À cet égard, la loi organique du 19 mars 1999 modifiée par celle du 25 avril 2016 précise à propos des incompatibilités des membres de l'ACNC que « La composition et les modalités de désignation des membres de l'autorité administrative indépendante doivent être de nature à assurer son indépendance⁸¹ » ; la fonction de membre est incompatible avec « tout mandat électif » – la règle de non-cumul des mandats étant ici plus stricte que ce qu'impose le régime général des AAI – et « toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur dont ladite autorité assure la régulation⁸² ». De plus, « Nul ne peut être désigné membre d'une autorité administrative indépendante si, au cours des trois années précédant sa désignation, il a [...] détenu des intérêts considérés comme incompatibles avec cette fonction, en application du deuxième alinéa du présent article⁸³ ». En outre, l'article Lp. 461-2 al. 2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose que « *Tout membre de l'Autorité de la concurrence doit informer le Président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. Il doit également informer le Président de l'ACNC de toute fonction rémunérée qu'il a eue durant les cinq dernières années au sein d'une entreprise exerçant directement ou indirectement, une activité à but lucratif en Nouvelle-Calédonie, ainsi que de toute fonction de conseil qu'il a eue, directement ou indirectement, au bénéfice d'une telle entreprise* ». Pour garantir cette transparence de manière efficace par des instruments cohérents, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dispose que les membres des AAI doivent déposer auprès du président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) une déclaration « exhaustive, exacte et sincère⁸⁴ » de leur situation

des marchés financiers et les conseillers financiers ; Règlement (UE) 2019/1381 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif à la transparence et à la pérennité de l'évaluation des risques de l'Union dans la chaîne alimentaire (JOUE du 6 septembre 2019, L. 231/1) ; Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, dit « PtoB » (JOUE du 11 juillet 2019, L 186/57).

⁷⁹ Article 10 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives et publiques indépendantes.

⁸⁰ Article 8 al. 1 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives et publiques indépendantes.

⁸¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 tel que modifiée par la loi n° 2016-507 du 25 avril 2016, art. 27-1 al. 2.

⁸² *Ibid.*, art. 27-1, al. 3.

⁸³ *Ibid.*, art. 27-1, al. 4.

⁸⁴ Article 11, I, 6° de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique : « Adressent également au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts [...] dans les deux mois qui suivent leur

patrimoniale ainsi qu'une déclaration d'intérêt telle que définie par la loi. Ces mesures seront reprises dans la loi sur les AAI de 2017⁸⁵, ainsi que dans les lois relatives au statut des différentes autorités de concurrences⁸⁶. De la sorte, l'ACNC a adopté la décision n° 2019-D-01 du 16 juin 2019, modifiant son règlement intérieur⁸⁷. Ainsi, tout comme les autres personnes relevant du champ de la loi n° 2014-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les membres de l'Autorité doivent transmettre au président de la HATVP une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêt au début et à la fin de leur mandat. Malgré ces mesures garantes de l'indépendance et de la probité de l'ACNC, il s'avère complexe de trouver un équilibre entre la connaissance nécessaire à l'exercice des fonctions qui suppose une certaine proximité avec le secteur, et la distance permettant d'éviter toute « collusion » avec le secteur régulé. Quatre années se sont ainsi écoulées entre le vote de la loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC et son entrée en fonction, le 2 mars 2018, car en 2017, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie s'était opposé à la nomination de cinq personnalités proposées par le Gouvernement. Le parcours professionnel du candidat à la Présidence de l'ACNC était alors sujet à caution⁸⁸.

entrée en fonctions : [...] Les membres des collèges [...], les membres des commissions investies de pouvoirs de sanction, ainsi que les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des organismes suivants : [...] l'Autorité de la concurrence ».

⁸⁵ Article 11 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives et publiques indépendantes : « La déclaration d'intérêts déposée par un membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante en application du 6° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique est mise, de manière permanente, à la disposition des autres membres de l'autorité au sein de laquelle il siège ».

⁸⁶ Concernant l'ACNC, voir la Lp. 461-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ; voir aussi le Règlement intérieur de l'ACNC, article 6 selon lequel les membres de l'Autorité « sont tenus au respect d'obligations déontologiques [...] Dans ce cadre, ils remplissent les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts telles que prévues aux articles 7 et 8 du présent règlement intérieur » ; article 7 relatif aux déclarations de situation patrimoniale : « Les membres de l'Autorité sont soumis à une obligation de déclaration de leur situation patrimoniale auprès du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans les conditions définies par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique » ; article 8 relatif à la déclaration d'intérêts : « Conformément à l'article Lp. 461-2 du Code de commerce, chaque membre effectue une déclaration : - des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique ; - de toute fonction rémunérée qu'il a eue durant les cinq dernières années au sein d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité à but lucratif en Nouvelle-Calédonie ; - de toute fonction de conseil qu'il a eue durant les cinq dernières années, directement ou indirectement, au bénéfice d'une telle entreprise. [...] Les membres de l'Autorité sont également soumis à une obligation de déclaration d'intérêts auprès du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans les conditions prévues par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ».

⁸⁷ ACNC, Décision n° 2019-D-01 du 16 juin 2019, portant modification du Règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

⁸⁸ Ce dernier avait en effet occupé le poste de « directeur juridique groupe adjoint », en charge de la concurrence et de la régulation pour l'ensemble du groupe, au sein d'*Engie*, société présente sur le territoire ultra-marin, dans la distribution de l'électricité et de l'eau (groupe *EEC Engie et Calédonienne des eaux*). Or l'ACNC aurait pu être amenée à se prononcer sur les problèmes de régulation de cette industrie de réseaux.

Outre ces modalités permettant de garantir à l'ACNC une indépendance organique, l'indépendance de l'autorité néo-calédonienne doit aussi être assurée sur le plan « fonctionnel », c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir jouir d'une indépendance d'« action⁸⁹ », une liberté d'agir de manière autonome en dehors de toute hiérarchie administrative. Cette indépendance doit se manifester dans l'ensemble des « pouvoirs » exercés par l'autorité, que ce soit le pouvoir réglementaire ou disciplinaire. Mais cette liberté n'est pas absolue, l'ensemble de ses activités étant soumis au contrôle de la justice et bénéficiant des garanties du droit processuel.

2. L'indépendance fonctionnelle de l'ACNC

En premier lieu, l'ACNC exerce un pouvoir réglementaire, c'est-à-dire qu'elle dispose de la capacité légale d'édicter de manière unilatérale des actes à portée générale et impersonnelle, des « quasi-réglementations », prenant la forme d'autorisations ou d'agrément, voire de règles générales subordonnant la délivrance de ces titres. Cette forme dissimulée d'édiction de normes juridiques traduit certes l'indépendance de l'institution, mais une indépendance ici encore « encadrée » et limitée. En effet, le pouvoir réglementaire général est exercé par le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution⁹⁰. Mais dans sa décision du 18 septembre 1986, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 21 de la Constitution ne faisait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre « le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre la loi⁹¹ ». Ainsi, le pouvoir réglementaire de l'ACNC n'est pas autonome mais délégué. Il est subordonné organiquement à l'autorité habilitante, ici le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, à l'origine de la création et de la délimitation des pouvoirs de l'ACNC. Il est en outre limité matériellement, c'est-à-dire qu'il ne porte que sur des mesures de portée limitée par leur champ d'application et leur contenu, ici la concurrence. Le pouvoir réglementaire détenu par l'ACNC est en outre soumis au contrôle du juge⁹². Cette exigence concerne désormais l'ensemble des productions normatives des AAI, qu'elles aient ou non une valeur contraignante. À cet égard, depuis

⁸⁹ J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁰ Article 21 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Sous réserve des dispositions de l'article 13, [le Premier ministre] exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ».

⁹¹ Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication, cons. 58.

⁹² Rappelons que depuis la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence, il a été mis fin à l'automatisme entre la nature administrative des AAI et la compétence du juge administratif. Les juridictions judiciaires et administratives peuvent donc être compétentes pour examiner le contentieux des AAI et plus précisément de l'ACNC. Voir à ce propos Conseil constitutionnel, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, § 17 : « Considérant que, si le conseil de la concurrence, organique administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles [...] qu'à des titres divers le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi présentement examinée tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux ».

les décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et Société Numéricâble*, les instruments dits « souples » des AAI comme les directives, les lignes directrices, les avis, les recommandations ou encore les prises de position, bien qu'ils soient dépourvus de force obligatoire, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir soit « lorsqu'ils revêtent le caractère de disposition générale et impérative ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance », soit « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent⁹³ ». Ces derniers sont désormais considérés comme des « actes décisifs », c'est-à-dire des actes dotés d'une portée normative, produisant des effets juridiques et agissant sur les comportements, bien que leurs effets passent plus par la persuasion que par la contrainte. L'extension du contrôle juridictionnel à même de vérifier la légalité de ses actes est ici encore une garantie assurant l'indépendance et la légitimité de l'ACNC.

En second lieu, l'ACNC dispose d'un pouvoir de « sanction » qui lui confère une fonction « quasi-juridictionnelle ». Le pouvoir disciplinaire accordé par la loi à certaines AAI a été validé par le Conseil constitutionnel dans deux décisions, du 17 janvier 1989⁹⁴ à propos du pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et du 28 juillet 1989 à propos de celui de la Commission des opérations de Bourse (COB). Dans cette dernière décision, les juges de la rue Montpensier estiment que l'existence d'un pouvoir de sanction à l'autorité boursière et, plus généralement, à toute autorité administrative indépendante est possible « dès lors, d'une part que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice de pouvoirs de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis⁹⁵ ». De plus, elle ne peut être accordée que « dans la limite nécessaire à l'accomplissement de la mission⁹⁶ ». Le

⁹³ Conseil d'État, Assemblée, du 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, § 4 ; Conseil d'État, Assemblée, 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, § 5.

⁹⁴ Conseil constitutionnel, décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, § 27 : « Considérant que, pour la réalisation de [la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels], il est loisible au législateur de [...] charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle ; que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ».

⁹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, § 6 « Considérant que le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».

⁹⁶ Conseil constitutionnel, décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, § 27.

pouvoir disciplinaire des AAI est donc strictement encadré par le droit. De la sorte, l'article Lp. 464-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose que l'ACNC peut être amenée à prononcer des sanctions pécuniaires « *proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ». Le montant de la sanction ne peut excéder 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe et 2,5 % de leur chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie⁹⁷. La première sanction a été prise par l'ACNC dans la décision du 26 décembre 2019 à l'encontre de quatre entreprises ayant conclu des accords exclusifs d'importation dans le secteur des ascenseurs⁹⁸. Ces droits exclusifs sont prohibés car ils empêchent le détaillant de faire jouer la concurrence entre les grossistes pour leur approvisionnement et conduisent les détaillants à renchérir *in fine* le prix des produits vendus⁹⁹. En l'espèce, le montant relativement faible de la sanction – 7,6 millions de francs pacifique, soit près de 64 000 euros – s'explique par la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs¹⁰⁰, permettant de réduire de moitié le plafond des sanctions pécuniaires encourues dès lors que les sociétés en cause renoncent à contester la réalité des pratiques visées ainsi que leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce et leur responsabilité dans la mise en œuvre des pratiques. Cette procédure témoigne de la démarche avant tout « promotionnelle¹⁰¹ » du droit que poursuit l'Autorité ultra-marine de la concurrence, recherchant plus l'adhésion et la coopération des acteurs concernés par sa politique concurrentielle que la répression. Malgré tout, l'ACNC exerce bien un pouvoir disciplinaire et doit donc être soumise aux exigences propres aux juridictions normalement habilitées à l'exercer. Comme pour les quasi-réglementations des AAI, les sanctions des autorités administratives indépendantes peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. En 1992, dans son rapport annuel, la Cour de cassation avait déjà relevé que le Conseil de la concurrence était un organe « quasi-juridictionnel » et par conséquent que « les exigences de la procédure contentieuses, et notamment celles de l'impartialité,

⁹⁷ Article Lp. 464-2 III du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

⁹⁸ ACNC, décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

⁹⁹ Article Lp. 421-2-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Sont prohibés les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises ». Ils sont à cet égard prohibés sauf si leurs auteurs justifient que ces accords et droits exclusifs « sont fondés sur des objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte », article Lp. 421-4, I, 2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰⁰ Article Lp. 464-2, III du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰¹ La fonction promotionnelle du droit permet de « rendre possible la coopération des individus (ou des groupes) qui poursuivent une finalité commune », N. BOBBIO, *De la Structure à la fonction*, Paris, Dalloz, 2012, p. 81.

s'imposaient à elle¹⁰² ». Dans un premier temps, le Conseil d'État rejetait les moyens tirés de la violation de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) relatif au droit à un procès équitable¹⁰³ en ce qui concerne les sanctions à caractère disciplinaire¹⁰⁴. Puis la Cour de cassation a, quant à elle, estimé dans une décision du 5 février 1999 que la procédure suivie devant la Commission des opérations de bourse ne satisfaisait pas aux exigences du procès équitable garanties par la CESDH¹⁰⁵, position suivie la même année par le Conseil d'État dans son arrêt *Didier* du 3 décembre 1999 relatif aux sanctions financières du Conseil des marchés financier¹⁰⁶ et confirmée par la suite¹⁰⁷. Il a ainsi semblé nécessaire que les AAI satisfassent à l'exigence d'impartialité car, comme le rappelle le Conseil d'État dans son rapport de 2001, les AAI ont été créées pour « offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État¹⁰⁸ ». Finalement, la jurisprudence constitutionnelle, dans la décision QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble et autres* a confirmé que « lorsqu'elles prononcent des sanctions ayant le caractère d'une punition, les autorités administratives indépendantes doivent respecter notamment le principe d'impartialité¹⁰⁹ ». Le juge contrôlera donc le respect par ces autorités des dispositions de l'article 6§1 de la CESDH. De la sorte, plusieurs dispositions ayant trait au droit

¹⁰² Cour de cassation, 1993, *Rapport annuel de la Cour de cassation 1992*, La Documentation française.

¹⁰³ Article 6§1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

¹⁰⁴ Conseil d'État, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*, req. n° 16294 : « même lorsqu'il statue en matière disciplinaire », le Conseil d'État estime que le Conseil du marché « n'est pas une juridiction ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la procédure suivie devant lui ne respecterait pas les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est inopérant ».

¹⁰⁵ Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de Bourse c. Oury et agent judiciaire du Trésor*, n° 97-16440 : « en ne faisant pas usage de la faculté que lui offrait l'article 3 du décret [...] du 23 mars 1990 [...] de décider [...] qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, la Commission n'a pas statué à l'égard de la personne intéressée et n'avait donc pas à rendre une décision motivée, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a méconnu l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale ».

¹⁰⁶ Conseil d'État, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, req. n° 207434 : « quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions [...], le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées [les stipulations de l'article 6-1] de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹⁰⁷ Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, 2000, req. n° 180122 où le Conseil d'État assimile la Commission bancaire à un tribunal au sens de l'article 6-1 de la CESDH et Conseil d'État, Sect., 27 octobre 2006, *Parents et a.*, req. n° 276069 à propos de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, qui doit être regardé « comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la CESDH ».

¹⁰⁸ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*. Études et documents n° 52, p. 275.

¹⁰⁹ Cons. Const., 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC, *Société Numéricâble SAS et autre*, § 5 à propos de la censure des sanctions de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, qui n'assurerait pas la séparation des fonctions de poursuite et instruction de celles de jugement des manquements, ce qui est contraire au principe d'impartialité.

procédural assurent l'impartialité de l'ACNC. La procédure contradictoire est imposée dans le cadre de leur procédure d'enquête ou leur activité consultative et d'expertise¹¹⁰, ainsi que le respect de la proportionnalité entre la mesure prise par l'autorité et les faits la motivant¹¹¹. Ces exigences sont nécessaires car elles constituent des garanties légales dont la vocation est de sauvegarder les droits de la défense. Elles sont essentielles pour l'ACNC qui dispose de pouvoirs coercitifs, les services d'instruction¹¹² pouvant procéder,

¹¹⁰ Article Lp. 463-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie sont contradictoires » ; article Lp. 463-8 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : le « déroulement des opérations d'expertise se fait de façon contradictoire » ; article L. 462-2-1 du Code de commerce : « L'engagement d'une procédure d'avis en application du présent article est rendu public dans les cinq jours ouvrables, afin de permettre aux associations de défense des consommateurs agréées au niveau national pour ester en justice ainsi qu'aux organisations professionnelles ou aux instances concernées d'adresser leurs observations à l'Autorité de la concurrence » ; article L. 462-3 du Code de commerce qui impose le contradictoire pour les consultations de l'Autorité de la concurrence initiées par les juridictions saisies à propos de pratiques anticoncurrentielles : « L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles [...]. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire ».

¹¹¹ Article Lp. 464-2 I du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : les sanctions pécuniaires infligées par l'ACNC « sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées » par le droit de la concurrence ». Dans ce sens, voir aussi la décision du Conseil constitutionnel, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : § 30 « Considérant que le pouvoir d'infliger les sanctions énumérées à l'article 42-1 est conféré au Conseil supérieur de l'audiovisuel qui constitue une instance indépendante [...] que, comme le prescrit l'article 42-6, toute décision prononçant une sanction doit être motivée ; que la diversité des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 42-1 correspond à la volonté du législateur de proportionner la répression à « la gravité du manquement » reproché au titulaire d'une autorisation ; que le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application pour l'une quelconque des sanctions énumérées à l'article 42-1 ».

¹¹² Les services d'instructions sont présents dans les autorités de la concurrence depuis la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui met en place au sein de l'Autorité de la concurrence des pouvoirs d'instruction propres (articles L. 450-1 et 461-4 du Code de commerce). Elle peut être aidée par les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). L'ACNC dispose elle-aussi de tels pouvoirs d'enquête et, à cet effet, d'un service d'instruction. L'article Lp. 461-4 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie lui permet de procéder à des auditions dans le même cadre que l'Autorité de la concurrence (Article Lp. 463-7, al. 2 du Code de commerce). En outre, les AAI peuvent solliciter une expertise externe, de l'administration ou d'un organe consultatif. Dans cette optique, l'article L. 440-1, I du Code de commerce prévoit que l'Autorité de la concurrence peut saisir la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), l'organe consultatif d'expertise relatif aux pratiques commerciales. Outre ces institutions publiques, l'Autorité de la concurrence s'est souciée de la prise en compte de l'information issue de la société civile, et plus spécifiquement des travaux d'analyse économique provenant des entreprises ou des cabinets d'expertise. Elle a ainsi émis des recommandations relatives à la présentation et au contenu de ces études (Autorité de la concurrence, *Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence*, Paris, Autorité de la concurrence, juillet 2013. Ici, l'Autorité de la concurrence précise les modalités de soumission de études économiques qu'elle reçoit dans le cadre de ses missions. Ces dernières ne sont en effet utiles que dans la mesure où elles rendent compte des « concepts, méthodes et données utilisés » et qu'elle assure la transparence des résultats obtenus). L'Autorité de la concurrence métropolitaine et calédonienne réalise aussi des consultations des acteurs d'un secteur donné dans le cadre de sa faculté d'auto-saisine et dispose en outre d'un droit d'accès à l'information prévu par l'article L. 463-7 al. 2 du Code de commerce et Lp. 463-7 al. 2 du Code de commerce applicable en

lors des contrôles, à des auditions, diligenter des investigations ou encore des vérifications sur place¹¹³, et ainsi porter atteinte au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile ou encore au secret de la correspondance.

L'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, figure de la « décentralisation fonctionnelle¹¹⁴ », témoigne du processus d'autonomisation du territoire ultra-marin depuis la conclusion des Accords de Nouméa. Elle permet à la collectivité *sui generis* de mettre en place ses propres institutions pour prendre en main son économie fortement encadrée par l'État. Le succès de l'ACNC est assuré par les nombreuses garanties légales synthétisées dans la loi du 20 janvier 2017 posant les bases du statut général des AAI. L'indépendance, encadrée, de l'ACNC garantit sa légitimité démocratique, ce qui est d'autant plus important qu'en veillant au bon fonctionnement concurrentiel du marché, elle se prononce dans un domaine sensible, la protection des droits et libertés économiques dans un contexte politique animé de tensions indépendantistes. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a donc toutes les cartes en main pour pouvoir jouer un rôle dans la protection de la liberté de concurrence et pallier les carences des institutions publiques existantes incapables de résoudre la crise socio-économique des territoires ultra-marins.

II. La contribution de l'ACNC à l'indépendance économique de la Nouvelle-Calédonie.

Vers une protection accrue des droits et libertés socio-économiques

Bien que la Nouvelle-Calédonie soit un territoire riche, classé au 25^{ème} rang mondial de PIB par habitant¹¹⁵, qui connaît une forte croissance économique, de près de 4 % entre 1998 et 2008¹¹⁶, soit près du double de celle de la Métropole, le pays connaît aussi de très fortes inégalités sociales et économiques. Le coût élevé de la vie exclut des circuits économiques les populations les plus vulnérables et accroît l'impact des inégalités de richesse. Or, comme le soulignent les *Accords économiques et sociaux* du 12 juin 2012, ces inégalités « fragilisent le lien communautaire entre les populations », pourtant essentiel « pour favoriser l'émergence d'une communauté de destin » dans un pays

Nouvelle-Calédonie selon lequel l'Autorité peut « entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ». Les AAI sont ainsi le lieu du savoir et sont, de fait, déconnectées de l'appareil administratif.

¹¹³ Articles L. 450-3 et L. 450-4 du Code de commerce ; articles Lp. 450-1 et s. du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹¹⁴ La décentralisation fonctionnelle est un « procédé qui permet d'octroyer à certains services publics la qualité de personne publique, en associant parfois agents et usagers à la gestion de ceux-ci », C. GUETTIER, *Institutions administratives*, Paris, Dalloz, 2019, p. 258.

¹¹⁵ Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie, Nouvelle-Calédonie 2025. Schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie, Centre culturel Tjibaou, 5 mars 2009, p. 42.

¹¹⁶ Institut d'Émission d'Outre-mer (IEOM), Rapport annuel 2010, p. 28.

marqué par la colonisation passée et le *melting pot* présent d'une société pluriethnique¹¹⁷. L'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie a donc été créée pour comprendre les enjeux de modernisation de l'économie ultra-marine et apporter des solutions efficaces à ces problématiques majeures. L'ACNC aurait ainsi vocation à participer au rééquilibrage économique et social de la Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à son intégration dans l'économie régionale et mondiale. En effet, l'accroissement de sa compétitivité nécessiterait son intégration à la « famille européenne » et son assujettissement au droit de l'Union européenne. Ces objectifs s'inscrivent dans la « politique d'association » des « pays et territoires d'outre-mer » (PTOM) formulée dans la quatrième partie du TFUE qui œuvre à la « promotion du développement économique et social » des PTOM. Le développement économique des territoires ultra-marins passe en effet par « l'établissement de relations économiques étroites entre eux et l'Union dans son ensemble¹¹⁸ ». L'Autorité calédonienne de la concurrence a donc pour mission de réaliser un objectif déjà énoncé par la « décision d'association outre-mer » du Conseil [de l'Union européenne] de 2011, à savoir l'« accroissement de la compétitivité dans les pays et territoires d'outre-mer, le renforcement de leur capacité d'adaptation, la réduction de leur vulnérabilité économique et environnementale et la promotion de leur coopération avec d'autres partenaires¹¹⁹ ».

Ainsi, la politique de rattachement des PTOM à la « famille européenne » nécessite l'intervention de l'ACNC pour le renouvellement et l'adaptation du droit de la concurrence (B), d'autant plus nécessaire que ces territoires sont marqués par un interventionnisme fort de l'État dans l'économie incapable de lutter contre les inégalités économiques (A).

A. La lutte de l'ACNC contre l'intervention de l'État dans l'économie

L'économie calédonienne, très fortement administrée, cumule des dispositifs de protection de marché et d'intervention directe des opérateurs publics, prenant la forme d'aides d'État ou encore de défiscalisation. Cette protection intérieure et extérieure de son économie permet de pallier les carences du marché propres aux petites économies insulaires (1), mais elle réduit aussi la liberté de concurrence. Les entreprises en position dominante n'ont alors pas de raisons de renforcer leur position concurrentielle sur le marché. Or les comportements de « pouvoir de marché¹²⁰ » nuisent au bien-être du consommateur et sont responsables du phénomène de la « vie chère » (2). L'expertise de

¹¹⁷ La population de la Nouvelle-Calédonie est composée d'environ douze ethnies, et plus précisément des communautés d'origine mélanésiennes, polynésienne (wallisienne, futunienne, tahitienne), vietnamienne, indonésienne (javanaise et malaise), antillaise (martinaquaise et guadeloupéenne), vanuataise, italienne, espagnole et chinoise mandarinophone.

¹¹⁸ Article 198 al. 2 du TFUE.

¹¹⁹ Article 3-2° de la décision du Conseil du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne (« décision d'association outre-mer »), JOCE du 30 novembre 2001, L 314/1.

¹²⁰ Le « pouvoir de marché » désigne en économie la capacité des entreprises à fixer des prix supérieurs au coût marginal d'une manière que ceci soit rentable.

l'ACNC sera alors utile pour contrôler la nécessité et l'efficacité des dispositifs de protection et proposer le cas échéant des alternatives.

1. L'intervention de l'État dans l'économie néo-calédonienne nécessaire à la prise en compte des spécificités du territoire

Située dans l'océan Pacifique à 17 000 km de la Métropole, la Nouvelle-Calédonie est constituée d'une grande île principale, et de trois autres îles appelées Îles de Loyauté. D'une superficie totale de 18 516 km², soit près de 30 fois moins que la France métropolitaine¹²¹, peuplée par 250 000 habitants, soit 256 fois moins que celle de la Métropole¹²², la Nouvelle-Calédonie est un « petit pays » et dispose donc d'un « petit marché ». Forte de ces spécificités, la « révolution concurrentielle¹²³ » poussée par le droit de l'Union européenne n'a pas complètement imprégné le droit néo-calédonien. La protection du marché ultra-marin repose tout d'abord sur des critères « objectifs » propres à la situation géographique du territoire ultra-marin. Le marché doit être d'une taille suffisamment importante pour que les opérateurs puissent obtenir des rendements. De ce fait, dans les petites économies insulaires, l'étroitesse du marché rend plus difficile l'atteinte de « l'échelle minimale efficiente », c'est-à-dire de la « taille à partir de laquelle une entreprise est à même d'exploiter le fruit des rendements d'échelle pour abaisser ses coûts¹²⁴ ». Pour cette raison, les possibilités de concurrence sont limitées dans les « petits pays » dotés d'un « petit marché intérieur », ce qui facilite la « domination par certaines entreprises¹²⁵ » et favorise les concentrations¹²⁶. En outre, les structures de marché concentrées et l'accroissement de la taille des distributeurs sont favorisés lorsque l'éloignement géographique entre la zone de production et celle de distribution renchérit les coûts des marchandises. Il semble alors pertinent que les achats soient effectués en grande quantité pour éviter une fragmentation des transports. La limitation du nombre d'opérateurs sur un marché et le renchérissement des prix peuvent « représenter la seule façon pour une entreprise de couvrir les coûts d'importation des produits, particulièrement dans le cas de petites îles où les coûts de transport sont particulièrement élevés¹²⁷ ». Ensuite, la protection du marché en

¹²¹ La France métropolitaine s'étend sur près de 552 000 km².

¹²² La population de la France métropolitaine est composée de près de 64 millions d'habitants.

¹²³ D. BRIAND-MELEDU, « Autorité sectorielle et autorité de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2007/3, t. XXI, 3, p. 346.

¹²⁴ A. PERROT, « La grande distribution : trop de régulation tue la concurrence », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *Le Droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique*. Bilan et perspectives, Paris, LexisNexis, 2018, p. 148.

¹²⁵ L. BRIGUGLIO, « Droit et politique de la concurrence dans les petits territoires », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 28.

¹²⁶ Article L. 430-1, I du Code de commerce : « Une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent [...] le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises ».

¹²⁷ L. BRIGUGLIO, « Droit et politique de la concurrence dans les petits territoires », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 32.

Nouvelle-Calédonie repose sur des critères « subjectifs » tenant à la protection de l'intérêt général. Dans ce sens, l'ACNC reprend dans sa recommandation du 9 novembre 2018 les arguments des producteurs locaux justifiant l'instauration de mesures protectionnistes en Nouvelle-Calédonie. Ces mesures permettent de « compenser le surcoût auquel sont confrontées les entreprises calédoniennes en raison des spécificités du territoire¹²⁸ » et revalorisent la filière locale, ce qui participe à « l'emploi des jeunes et l'emploi peu qualifié », impactant *in fine* le pouvoir d'achat des Calédoniens¹²⁹. Or la protection des entreprises locales ou encore la préservation des emplois sont des priorités pour les politiques publiques qui commandent des règles de nature à ignorer le développement du processus concurrentiel. Ainsi, l'article 1 de la Délibération du Congrès néo-calédonien du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie dispose qu'« *en vue de favoriser l'écoulement de produits fabriqués en Nouvelle-Calédonie sur le marché local, de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés et de favoriser ainsi le développement des entreprises locales, il peut être instauré, lorsque l'intérêt économique général de la Nouvelle-Calédonie le justifie, dans les conditions définies par la présente délibération, des mesures de protection des marchés destinées à restreindre l'importation de produits concurrents*¹³⁰ ». Le *lobbying* local fait alors valoir l'étroitesse du marché qui ne supporterait pas son atomisation entre plusieurs opérateurs pour justifier les mesures protectionnistes à tendance monopolistiques. En outre, les marchés étant bien servis par les entreprises en place, cela laisse peu de chance aux nouveaux entrants. Dans sa décision QPC *Établissement Bargigant S.A.* du 22 juin 2012, le Conseil constitutionnel confirme cette politique protectionniste et estime qu'« eu égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'OCEF [Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique] en complément de sa mission de service public ne revêt pas un caractère disproportionné¹³¹ ».

Le processus concurrentiel néo-calédonien a donc été freiné par ces différents facteurs géographiques et sociaux, engendrant de très fortes disparités entre la Métropole et le territoire ultra-marin. L'économie de la Nouvelle-Calédonie est demeurée fortement « encadrée » par l'État. Elle bénéficie plus spécifiquement d'une protection « intérieure » et « extérieure » de son économie. La protection « intérieure » passe par des dispositifs d'aides d'État, c'est-à-dire des subventions publiques qui protègent les entreprises nationales voire, ici, locales au détriment des autres entreprises¹³². En vertu de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

¹²⁸ Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, § 209, p. 47.

¹²⁹ *Ibid.*, § 210, p. 47-48.

¹³⁰ Délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, JONC du 29 décembre 2006, p. 9918.

¹³¹ Conseil constitutionnel, décision QPC 22 juin 2012, n° 2012-258, *Établissement Bargigant S.A.*, § 8.

¹³² L'aide d'État constitue plus précisément une faveur, sans contrepartie, consistant en un accroissement de l'actif ou une diminution du passif du bénéficiaire de l'aide. L'aide publique suppose un transfert direct ou indirect des ressources d'État ou organismes de l'État ou d'une entité qui agit sous son contrôle au

européenne (TFUE), ces aides publiques « faussent ou menacent de fausser le jeu de la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions¹³³ ». Elles peuvent néanmoins être autorisées sous certaines conditions fondées sur la finalité de l'aide, la protection sociale ou environnementale par exemple, les aides étant alors considérées comme compatibles avec le marché intérieur¹³⁴. Cependant, les critères justifiant des exceptions à l'interdiction de mesures anticoncurrentielles doivent être strictement appréciés, comme en témoignent les critiques adressées par la Cour des comptes à l'encontre d'aides d'État aux industries du nickel de Nouvelle-Calédonie. Dans un référé du 3 janvier 2020¹³⁵, la Cour des comptes s'est alarmée des aides de l'État prenant la forme de mesures de défiscalisation, d'avances, de prêts et de garanties d'emprunt accordées à la filière du nickel alors que la compétence relative à l'extraction minière et l'industrie métallurgique ont été transférées à la Nouvelle-Calédonie depuis 2000¹³⁶. Elle exige à cet égard le remboursement des prêts¹³⁷ et remet de plus en question ces régimes de défiscalisation jugés « complexes, coûteux et à l'efficacité incertaine¹³⁸ ».

moyen de ressources d'État au profit d'entreprises. De même, l'aide peut provenir d'un organisme public ou privé désigné ou institué par l'État. L'aide peut émaner de toutes les autorités publiques, à l'échelon national ou territorial, collectivité locale, entreprise publique. À ce propos, voir M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Dalloz, 2020, p. 335-354 ; M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'État*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; V. TOMLJENOVIC (éd.), *EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement*, Berlin, Springer, 2017.

¹³³ Article 107 § 1 du TFUE.

¹³⁴ Article 107 § 2 et 3 : Sont ainsi considérées comme « compatibles avec le marché intérieur : a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits, b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires » (§ 2) ou encore « les aides destinées à favoriser le développement économique de régions par lesquelles le niveau de vie est anormalement bas » (§ 3).

¹³⁵ Cour des comptes, Référé du 3 janvier 2020, ayant pour objet « Vingt ans de soutien financier de l'État à la filière du nickel en Nouvelle-Calédonie ». En application du Code des juridictions financières (article R. 143-11), les référés sont adressés par le Premier président de la Cour des comptes au Premier ministre ou aux ministres concernés pour leur faire part de leurs observations et recommandations relatives à la gestion des services de l'État ou des organismes publics. Les destinataires disposent d'un délai de deux mois pour y répondre, et ces référés seront ensuite transmis aux commissions des finances, et, dans leur domaine de compétence, aux commissions des affaires sociales, de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ils sont rendus publics.

¹³⁶ Suite au transfert de compétence mis en place par les Accords de Nouméa de 1998 et la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « réglementation des prix et organisation des marchés, sous réserve de la compétence des provinces en matière d'urbanisme commercial » (Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 22, 19°). De ce fait, le livre IV du titre IV du Code de commerce métropolitain intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » ne lui est pas, sauf en matière de pouvoir d'enquêtes, applicable. C'est la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 (Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique, JONC du 26 octobre 2004, p. 6073) qui élabore les règles du territoire calédonien en matière de concurrence.

¹³⁷ Cour des comptes, Référé du 3 janvier 2020, ayant pour objet « Vingt ans de soutien financier de l'État à la filière du nickel en Nouvelle-Calédonie », p. 2 à propos du prêt de 200 millions d'euros de l'État accordé en avril 2016 à la Société Le Nickel (SLN) qui doit être « intégralement remboursé en 2024 ». Le remboursement du prêt de 200 millions d'euros accordé à Vale en 2016 doit lui aussi être suivi car le groupe annonce vouloir quitter la Nouvelle-Calédonie (p. 4-5).

¹³⁸ Cour des comptes, Référé du 3 janvier 2020, ayant pour objet « Vingt ans de soutien financier de l'État à la filière du nickel en Nouvelle-Calédonie », p. 4.

La protection « extérieure » du marché propre à la Nouvelle-Calédonie affecte elle aussi la libre concurrence. Ces protections peuvent être de nature tarifaire et prendre la forme de taxations spécifiques sur les produits importés¹³⁹. Elles peuvent aussi être de nature quantitative, comme les quotas permettant à l'entreprise d'écouler ses stocks¹⁴⁰ ou la prohibition de l'importation de certaines marchandises, appelés « stop » à l'importation¹⁴¹. Face à des dispositifs qui nuisent à la liberté de concurrence en freinant la libre circulation des marchandises et des services, l'Autorité néo-calédonienne de la concurrence est mobilisée pour contrôler la pertinence des protections de marché susceptibles d'être accordées par le Gouvernement calédonien. En effet, si un projet de loi du pays, une délibération ou un arrêté tend à soumettre l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, l'ACNC, saisie obligatoirement¹⁴², vérifiera que la mesure de protection de marché contribue au « progrès économique » du territoire par la création d'emploi, la garantie de la compétitivité des entreprises locales ou encore l'insertion de la jeunesse. Ensuite, elle regardera si la mesure de protection de marché permet de réserver aux utilisateurs (transformateurs, grossistes, détaillants) une part équitable du profit qui en résulte, c'est-à-dire si les avantages obtenus par les utilisateurs compensent les inconvénients qui en résultent. L'ACNC contrôlera aussi que la mesure de protection de marché ne conduit pas à une élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés. Enfin, l'Autorité examinera si la mesure de protection est indispensable pour parvenir au progrès économique poursuivi¹⁴³. À cet

¹³⁹ La Nouvelle-Calédonie est autonome fiscalement (article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie), et compétente en matière de douanes et de commerce extérieur (article 6 de la loi organique n° 99-209 précitée). Des taxes à l'importation s'appliquent aux produits qui entrent sur le territoire calédonien. Ainsi, deux taxes supplémentaires aux taxes générales (taxe de péage d'un taux de 1 % pour les marchandises importées empruntant la voie maritime, taxe générale à l'importation d'un taux de 5 % pour toutes les marchandises importées à l'exception de certains produits comme le lait, le riz ou encore la farine, taxe sur le fret aérien de 8 % pour toutes les marchandises importées empruntant la voie aérienne à l'exception du lait, riz, blé ou farine, taxe de consommation sur les produits importés qui s'applique aux marchandises habituellement surtaxées) renchérissent le coût des produits importés et diminuent leur compétitivité, à savoir la taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA) exigible sur les produits importés concurrents de ceux susceptibles d'être obtenus localement (coqs, poules, dindes, café, miel, légumes, fruits, yaourt, thon, saumon, fromage) et la taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale due sur les produits d'importation transformés (TCPPL), variant de 2 à 60 %, exigible sur les produits importés susceptibles d'être concurrents de produits transformés localement, concernant un ensemble de produits alimentaires, comme le foie gras, les bières, les confiseries, l'eau minérale, les jus de fruits, les glaces et les sirops.

¹⁴⁰ Le rapport de l'Autorité de la concurrence de 2012 établi par T. Decruyenaere et P. Sauze (p. 17) précise ainsi que pour 2012, les produits concernés, près de 300, sont listés à l'annexe 1 de l'arrêté n° 2011-3201/GNC du 27 décembre 2011 relatif au programme annuel des importations.

¹⁴¹ Ces mesures concernent notamment le papier toilette, les serviettes en papier ou encore les produits lessiviels. Autorité de la concurrence, *Rapport* établi par T. DECRUYENAERE et P. SAUZE *relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, p. 16.

¹⁴² Article Lp. 462-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁴³ ACNC, Avis n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 relatif au projet de loi du pays modifiant les dispositifs 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, §§ 96-97.

égard, l'ACNC s'est prononcée en faveur d'une restriction quantitative dans un avis du 14 novembre 2019 sur la proposition de loi du pays relative à l'interdiction d'importation et de mise sur le marché d'écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens¹⁴⁴ au motif que ces mesures, bien que contraires au droit de la concurrence, sont justifiées par un motif d'intérêt général de protection de l'environnement et de santé publique¹⁴⁵. Mais, en dehors d'un contexte de protection de l'intérêt général, l'ACNC préconise, dans une recommandation du 9 novembre 2018, de préférer le recours aux mesures de contingentements limitant l'importation et la distribution des produits et aux barrières tarifaires plutôt qu'aux mesures de suspension qui conduisent, elles, à l'élimination totale de la concurrence et à la dépendance des clients envers l'opérateur en situation de monopole¹⁴⁶. Il s'agira ainsi de rechercher la solution la moins néfaste pour la liberté de la concurrence et la plus bénéfique à l'intégration de la Nouvelle-Calédonie dans l'économie mondiale.

L'ACNC doit concilier l'objectif à long terme d'une économie reposant sur le libre jeu de la concurrence poussée notamment par le droit de l'Union européenne, et des impératifs de plus court terme de protection du tissu économique local. Elle devra à cet égard trouver les instruments les plus efficaces pour y parvenir. Finalement, après deux années d'existence, son expertise mettra en lumière les effets « pervers » des mesures de protection de marché et d'encadrement des prix. Si les finalités des mesures de protection économique néo-calédoniennes – la protection de l'économie locale ou encore la garantie de la stabilité du marché économique¹⁴⁷ – ne sont pas remises en cause, les moyens eux ont été contestés quant à leur efficacité et leur bénéfice pour le bien-être des consommateurs subissant, *in fine*, le phénomène de la « vie chère ».

2. L'encadrement étatique de l'économie de la Nouvelle-Calédonie responsable des inégalités socio-économiques du territoire

Nancy Vignal souligne à propos des protections du marché calédonien que, « du point de vue strictement concurrentiel, de telles protections sont naturellement

¹⁴⁴ Avis n° 2019-A-04 du 14 novembre 2019 relatif à la proposition de loi du pays relative à l'interdiction d'importation et de mise sur le marché d'écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens.

¹⁴⁵ Avis n° 2019-A-04 du 14 novembre 2019 relatif à la proposition de loi du pays relative à l'interdiction d'importation et de mise sur le marché d'écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens, § 114.

¹⁴⁶ Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, § 269.

¹⁴⁷ Lino Briguglio précise à cet égard que « Dans les petits pays, les risques de déstabilisation des marchés par les nouveaux entrants sont relativement plus élevés que dans les grands marchés. Dans un petit marché intérieur, un entrant relativement important est susceptible de prendre le contrôle d'une grande part du marché, et cela entraîne une déstabilisation de tout le marché. Si cette même entreprise décide de quitter le marché de manière soudaine et imprévue, laissant éventuellement des entreprises avec des créances impayées, l'environnement des affaires autour de ce marché risque d'être déstabilisé une nouvelle fois au détriment des consommateurs », L. BRIGUGLIO, « Droit et politique de la concurrence dans les petits territoires », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 32.

néfastes », ces dernières « diminuant la compétitivité des importations et réduisant la pression concurrentielle sur des opérateurs locaux par ailleurs peu nombreux¹⁴⁸ ». Ces pratiques favorisent en effet la fixation de prix élevés par les industriels calédoniens¹⁴⁹. L'ACNC rendra à ce propos le 23 juillet 2018 un avis où elle évoque la réticence générale des autorités de la concurrence « à toutes formes de protection quantitative car l'interdiction et le contournement des importations comportent plusieurs effets anticoncurrentiels¹⁵⁰ ». Les dispositifs ont un effet « isolationniste » nuisant aux consommateurs, les coûts de production élevés des produits locaux dus à l'étroitesse du marché se répercutant sur le prix au détail, un effet « inflationniste », les produits importés bénéficiant d'un grand attrait et leur prix est très élevé alors que leur valeur marchande sur un marché concurrentiel serait faible, un effet « d'éviction » causé par la réduction des choix pour le consommateur, les produits étant trop chers ou indisponibles, ainsi qu'un effet « de dégradation » car en l'absence de concurrence, les producteurs locaux ne sont pas incités à innover ou améliorer la qualité des produits offerts aux consommateurs. En outre, dans sa recommandation du 9 novembre 2018, l'Autorité ajoutera un effet de « contournement » de la législation de la part des importateurs conduisant indirectement à une augmentation des coûts de production. L'Autorité prend ici l'exemple d'un importateur demandant à un fournisseur de lui procurer des bacs de glace de 2,1 litres pour échapper à l'interdiction d'importation de bacs de 2 litres, le surcoût venant de la production en faible quantité pour l'entreprise en particulier¹⁵¹.

Outre les critiques relatives aux protections intérieures et extérieures de l'économie, l'encadrement des prix a été remis en question. Le régime général dispose que, « sauf dispositions spécifiques, les prix des biens, produits et services marchands sont librement déterminés par le jeu de la concurrence¹⁵² », mais la Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique¹⁵³ a introduit la possibilité pour le Gouvernement calédonien de réglementer les prix, comme le permettait au lendemain de la Seconde Guerre mondiale l'ordonnance du 30 juin 1945¹⁵⁴. Ainsi, depuis 2010, le Congrès a habilité pendant trois ans le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à prendre par arrêté des mesures de fixation des prix pour les produits, alimentaires et

¹⁴⁸ N. VIGNAL, « La Nouvelle Calédonie, entre concurrence et protectionnisme », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 144.

¹⁴⁹ À ce propos, voir le tableau de comparaison de prix moyens en 2007 entre Nouméa et la Métropole, source Isee, 2008, présent dans le rapport de l'Autorité de la concurrence établi par Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie de 2012, p. 6.

¹⁵⁰ Avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 relatif à l'organisation de la filière Fruits et Légumes, § 171.

¹⁵¹ Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, § 254.

¹⁵² Article Lp. 410-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁵³ Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique, JONC du 26 octobre 2004, p. 6073, Titre 1, Réglementation générale des prix, art. 2 et s.

¹⁵⁴ Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, permettant le blocage des prix de certains produits et services, art. 16 et s. Par la suite, cette ordonnance d'après-guerre permettant le blocage des prix a été abrogée par l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 (n° 86-1243) relative à la liberté des prix et de la concurrence.

non alimentaires, d'origine locale ou importée, ainsi que pour les prestations de service. Suite à l'accord trouvé avec les professionnels du 29 juillet 2010, l'arrêté du 3 août 2010¹⁵⁵ énumère cent quinze produits, notamment des produits de première nécessité et de grande consommation, du secteur de l'alimentation, de l'hygiène et de l'entretien. Dans un second temps, l'arrêté du 5 juin 2012¹⁵⁶ encadra temporairement les prix de vente des grossistes aux commerçants détaillants ainsi que les prix de vente des détaillants aux consommateurs de plus de quatre cents produits dont l'électricité, le gaz, le carburant, les loyers et le tabac, ainsi que de prestations de service comme la main-d'œuvre automobile pour la réparation des véhicules, ou encore les prestations de crèche et de garde d'enfants. Cependant, le rapport du 21 septembre 2012 de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie établi par Mme Geneviève Wibaux (ci-après « Rapport Wibaux »)¹⁵⁷ constate que cette politique d'encadrement des prix, opérée par la Direction des affaires économiques (DAE) n'a pas été efficace¹⁵⁸. En effet, les prix encadrés ont continué à augmenter, notamment sur l'île Loyauté, où seulement 56 % des prix médians ont baissé ou sont restés stables, contre 79 % dans le grand Nouméa. Cet échec partiel s'explique par le fait que les professionnels, réfractaires à ces mesures, utilisent des procédés de détournement du dispositif que nous avons évoqués précédemment, consistant par exemple à proposer des équivalents non réglementés des produits¹⁵⁹ ou encore à fournir les produits réglementés en quantité faible¹⁶⁰. En outre, il a entraîné certes une stabilité relative des prix, mais aussi un décrochage des tarifs par rapport au marché mondial¹⁶¹. L'encadrement des prix est donc de manière générale un dispositif à éviter, ce que l'Autorité de la concurrence avait déjà constaté en 2009 dans son Avis « Dom¹⁶² », où elle rappelle que « la réglementation des prix doit demeurer une mesure exceptionnelle, décidée vis-à-vis de secteurs clairement identifiés et visant des problèmes de tarification ou d'approvisionnement précis¹⁶³ ». Le Rapport Wibaux préconise donc une « régulation » de la concurrence plus qu'un « contrôle » des prix¹⁶⁴. Pour ce faire,

¹⁵⁵ Arrêté n° 2010-2715/GNC du 3 août 2010 fixant les prix de certains produits de première nécessité et de grande consommation, JONC du 12 août 2010, p. 6885.

¹⁵⁶ Arrêté n° 2012-1291/GNC du 5 juin 2012 fixant les prix de certains produits de première nécessité et de grande consommation et des prestations de services, JONC du 12 juin 2012, p. 4081.

¹⁵⁷ Autorité de la concurrence, *Rapport de l'Autorité de la concurrence relative aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012.

¹⁵⁸ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, Rapporteuse, le 21 septembre 2012, p. 13.

¹⁵⁹ Le rapport Wibaux, p. 15, donne l'exemple des tablettes de chocolat « Biscochoc ». Celles de 100 g sont encadrées et ne sont quasiment pas présentes dans les rayons, au profit de celle de 75 g, non encadrées.

¹⁶⁰ Le rapport Wibaux, p. 15, note que dans les stations service et boucherie, il y a entre 16 et 26 % de produits encadrés, et dans les petits commerces, entre 18 et 33 %, contre 43 à 75 % dans les grandes et moyennes surfaces.

¹⁶¹ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, Rapporteuse, le 21 septembre 2012, p. 13.

¹⁶² Autorité de la concurrence, *Avis « Dom », n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation des départements d'outre-mer*.

¹⁶³ *Ibid.*, § 120, p. 45.

¹⁶⁴ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, Rapporteuse, le 21 septembre 2012, p. 20.

l'Autorité recommandait dans l'Avis « Dom » un système de « liberté surveillée » qui pourrait passer par une autorité de régulation¹⁶⁵ et posait ici les prémisses de la création de l'ACNC.

Le travail de l'Autorité de la concurrence puis de l'ACNC a permis de mettre en lumière l'inefficacité des dispositifs de protection de l'économie spécifiques à la Nouvelle-Calédonie, en grande partie incapables de lutter contre les inégalités socio-économiques. Comme le rappelle Raphaële Raymond, « *derrière la carte postale, masquée par des images de sable blanc, de lagons turquoise et de bananeraies verdoyantes, se terre une réalité source de conflits sociaux récurrents dans les territoires ultramarins français : la vie chère*¹⁶⁶ ». Or les écarts importants de prix à la consommation par rapport à la Métropole sont notamment dus à un déficit de concurrence, et c'est en cela que l'ACNC doit proposer des instruments normatifs adéquats pour répondre à la crise sociale subie par une partie de la population néo-calédonienne.

B. La mise en œuvre par l'ACNC du droit de la concurrence

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a été créée pour mettre en œuvre les règles du jeu de la concurrence et ainsi faire face aux exigences posées par le droit de l'Union européenne, tout en adaptant le droit aux spécificités du territoire. Elle permet alors d'assurer la transition d'une structure monopolistique propre à une économie fortement encadrée par l'État à une structure concurrentielle du marché, impliquant la séparation de l'organe contrôlant « régulateur », l'autorité de concurrence, et l'organe agissant « opérateur », l'entreprise ou l'État dans le cas des entreprises d'État. Le fonctionnement du système économique concurrentiel appelle en effet un arbitre fort et indépendant pour réguler les rapports de force entre les acteurs économiques et participer ainsi au développement des libertés socio-économiques.

En assurant le « fonctionnement du marché intérieur¹⁶⁷ », c'est-à-dire la constitution d'un marché unique européen que le droit de l'Union européenne tend à réaliser par la mise en œuvre adaptée du droit de la concurrence sur le territoire ultramarin (1), l'ACNC contribue à la promotion des droits sociaux¹⁶⁸ et lutte contre le phénomène de la « vie chère » (2).

¹⁶⁵ Autorité de la concurrence, Avis « Dom », n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation des départements d'outre-mer, § 119, p. 44.

¹⁶⁶ R. RAYMOND, « État des lieux du droit de la concurrence dans les outre-mer », *Revue Lamy de la concurrence*, 2013, n° 37, p. 131.

¹⁶⁷ En effet, le Traité CEE assignait à la (CEE) pour mission d'établir « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur », article 3 f) du Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE). La Cour de justice des communautés européennes estime que la concurrence est une « disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, et en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur », CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International Nv*, Aff. C-126/97.

¹⁶⁸ À propos des droits sociaux, voir notamment l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du

1. L'adaptation par l'ACNC du droit de la concurrence aux spécificités du territoire néo-calédonien

Du latin *concurrere*, « courir de manière à se rassembler sur un point¹⁶⁹ », la concurrence désigne une compétition économique, une « offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle¹⁷⁰ ». Fruit du libéralisme économique, la libre concurrence serait un moyen d'obtenir le meilleur produit au meilleur prix. La « liberté de la concurrence » est bénéfique pour l'économie générale car en recherchant le prix le plus bas, elle est favorable au consommateur mais elle peut aussi porter « en elle-même sa propre destruction » lorsque l'acteur le plus compétitif l'emporte sur ses adversaires et « peut alors dicter sa loi à ses concurrents et aux consommateurs¹⁷¹ ». Tout l'enjeu de la régulation de la concurrence qu'opère le droit sera d'équilibrer les rapports de force des différents acteurs économiques et de s'assurer que le « jeu » de la concurrence reste ouvert aux nouveaux entrants. Le droit de la concurrence, outil de contrôle des comportements, les pratiques anticoncurrentielles – par exemple les ententes¹⁷² ou les abus de position dominante¹⁷³ – et des structures – les concentrations notamment –

16 décembre 1966 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) ; il dispose au § 1 que « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit à toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille » et au § 2 « le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim ». Voir aussi C.-M. HERRERA, *Les Droits sociaux*, Paris, PUF, 2009, ou encore J.-M. THOUVENIN, A. TREBILCOCK, *Le Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

¹⁶⁹ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, 1934, p. 376.

¹⁷⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 197.

¹⁷¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, p. 1.

¹⁷² Une « entente » désigne une concertation réalisée entre plusieurs entreprises, portant atteinte au marché en pleine connaissance de cause, pouvant prendre la forme d'entente sur les prix limitant la libre fixation des prix ou des clauses d'exclusivité instituant des barrières à l'entrée sur un marché. Voir à ce propos l'article Lp. 421-1 et s. du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de Nouvelle-Calédonie, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition entre professionnels, notamment lorsqu'elles tendent à 1° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 2° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; 3° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence ; 4° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou les progrès techniques ». L'entente est aussi condamnée au niveau national par l'article L. 420-1 du Code de commerce et l'article 101 du TFUE.

¹⁷³ Article Lp. 421-2 al. 1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article Lp. 421-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ». L'abus de position dominante est aussi prohibé par l'article 102 du TFUE : « est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». L'article 420-2 Code de commerce dispose lui aussi qu'« est prohibée, dans des conditions prévues à l'article 420-2, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ».

justifie donc la surveillance et parfois la limitation de l'exercice des libertés économiques¹⁷⁴. Les opérateurs sont incités à la « vertu économique » bénéfique à la fois pour le marché, de par sa contribution à l'innovation et à l'investissement ainsi que pour le bien-être du consommateur jouissant de ces progrès¹⁷⁵. Le droit de la concurrence national et de l'Union européenne¹⁷⁶ veillera par là à assurer le double objectif de protection de l'ordre public économique¹⁷⁷ et des droits sociaux des citoyens. De ce fait, les mesures qui prohibent des comportements anti-concurrentiels sont accompagnées d'exceptions permettant de concilier la protection du marché ainsi que celle du consommateur. Par exemple, l'interdiction faite aux États membres de prendre toutes mesures susceptibles de constituer des barrières à la libre circulation des marchandises¹⁷⁸ et l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation entre les États membres¹⁷⁹ ou toutes mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative

¹⁷⁴ La liberté de commerce et d'industrie comprend trois volets : la liberté d'entreprendre (droit pour tout individu de se livrer à l'activité commerciale de son choix, d'accéder à toute profession), la liberté d'exploiter (droit pour l'entrepreneur de gérer ses affaires comme il l'entend) et la liberté de la concurrence (droit pour l'entrepreneur d'utiliser tous les moyens loyaux pour attirer à lui la clientèle ; ce droit n'est pas absolu, mais le principe est la liberté de la concurrence, les restrictions, comme l'interdiction de certaines pratiques de concurrence déloyales, art. 1382 du Code civil et d'agissements parasitaires ou discriminatoires, l'exception).

¹⁷⁵ En effet, le marché désigne un « système d'échanges qui renvoie aux principes libéraux de libre accès pour les offreurs, de compétition possible entre eux, de liberté des demandeurs d'acquiescer, l'ensemble supposant la liberté contractuelle et la propriété privée », M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation. Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Science Po, 2004, t. 1, p. 9.

¹⁷⁶ La liberté de concurrence est mise en œuvre au sein des traités dans différents articles, notamment à l'article 3 a) du Traité de Rome (Traité instituant la Communauté économique européenne (dit Traité de Rome), signé à Rome le 25 mars 1957, entré en vigueur le 25 mars 1957 (non publié au Journal officiel) qui énonce les « actions » de la Communauté, au titre desquelles figure en premier lieu « l'élimination, entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie de marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent » à une restriction quantitative (MERCQ). Dans le même sens, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) affirmera au titre des politiques et actions internes de l'Union la libre circulation des marchandises (article 28 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 23 TCE), des services (Article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 14 TCE ; article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 49 TCE à propos du droit pour une personne physique ou morale d'offrir des services sur le sol d'un autre État membre) et des capitaux (directive européenne 88/361/CEE du Conseil du 24 juillet 1988 sur la libéralisation des capitaux, et article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 56 TCE), ou encore la liberté d'établissement (Article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 43 TCE). L'ensemble de ces libertés constituent des déclinaisons du principe de la « liberté de commerce et de l'industrie ».

¹⁷⁷ Voir l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence (JORF n° 0265 du 14 novembre 2008, p. 17391) sur la « régulation concurrentielle », qui se rattache à l'objectif plus large de valeur constitutionnelle, la prévention et la répression des infractions, c'est-à-dire la garantie de l'ordre public, dans sa composante économique, lié à la liberté d'entreprendre.

¹⁷⁸ Voir, outre les articles 34 et 35 du TFUE précités, l'arrêt de la CJCE, *Procureur du Roi c. Benoît Dassonville*, 11 juillet 1974, aff. C-8/74, précisant que constitue une entrave « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire ».

¹⁷⁹ Article 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 28 TCE.

(MEERQ)¹⁸⁰ connaît des exceptions pour des raisons tenant à la protection de l'intérêt général¹⁸¹. L'appréciation du droit de la concurrence dépendra ainsi de ses conséquences sur le consommateur. À cet égard, dans une décision de l'ACNC du 26 décembre 2019 relative à la conclusion par plusieurs entreprises d'accords exclusifs d'importation dans le secteur des ascenseurs¹⁸², exclusivité qui « confère [...] un monopole à un importateur-distributeur au détriment de ses concurrents sur le marché de la vente et de l'installation d'ascenseurs¹⁸³ » empêchant le « libre jeu de la concurrence intra-marque entre les distributeurs¹⁸⁴ », l'Autorité s'appuie sur l'impact sur les consommateurs subissant une augmentation des charges pour les locataires ou les propriétaires des immeubles disposant d'ascenseurs pour qualifier la gravité de la pratique monopolistique et la sanctionner¹⁸⁵. Dans cette décision, nous retrouvons bien la recherche de conciliation entre les différents intérêts, celui des entreprises bénéficiant de la situation monopolistique et celui du consommateur voulant jouir du meilleur produit ou service au meilleur prix. L'ACNC doit parvenir à une situation d'équilibre entre deux objectifs interdépendants du droit de la concurrence, à savoir le développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques – protection du marché –, nécessaire à assurer un niveau d'emploi et de protection sociale élevée – protection du consommateur-citoyen.

La création en Nouvelle-Calédonie d'une autorité de régulation dans le domaine de la concurrence permet ainsi de répondre aux enjeux socio-économiques spécifiques posés par l'« association » des territoires ultra-marins à la concurrence mondiale et régionale. L'ACNC joue un rôle central dans l'adaptation des dispositions législatives et réglementaires du droit de la concurrence aux spécificités de l'économie locale. Elle a influencé notamment la modification du contrôle des concentrations qui s'est opéré entre 2013 et 2020. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du pays du 24 octobre 2013¹⁸⁶, la Nouvelle-Calédonie dispose d'un contrôle des concentrations car si ces dernières

¹⁸⁰ Les mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative (MEERQ) sont des mesures discriminatoires, c'est-à-dire des mesures imposant aux produits des conditions différentes de celles auxquelles ils sont soumis dans l'État d'origine ou encore une mesure ayant pour effet d'entraver l'accès au marché. Les critères des MEERQ sont définis dans l'arrêt de la CJUE, *Ker-Optika bt c. ANTSZ Dél-dunantulli Regionális Intézet*, du 2 décembre 2010, C-108-09.

¹⁸¹ Article 36 du TFUE, à propos des exceptions aux MERCQ pour des motifs de « moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ». Voir à ce propos CJCE, 20 février 1979, aff. C-120/78, *Cassis de Dijon* sur le principe de reconnaissance mutuelle, c'est-à-dire l'obligation pour les États membres d'accepter sur leur territoire les produits fabriqués légalement sur un autre territoire, même si cela ne respecte pas la législation du pays, sauf si cela met en péril les exigences impératives d'intérêt public.

¹⁸² Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

¹⁸³ *Ibid.*, § 150.

¹⁸⁴ *Ibid.*, § 151.

¹⁸⁵ *Ibid.*, § 173.

¹⁸⁶ Lp. n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, Titre 1, De la concentration économique, articles 1 à 16.

permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économiques pouvant se répercuter positivement sur le pouvoir d'achat de consommateur bénéficiant de prix plus bas, les concentrations peuvent aussi entraver le libre jeu de la concurrence et conduire à des comportements prédateurs de la part de ces entreprises regroupées et donc en position dominante. Elles sont alors prohibées. Leur contrôle est d'autant plus nécessaire en Nouvelle-Calédonie que les secteurs de la grande distribution sont très concentrés, deux groupes possédant plus de 80 % de parts de marché en surface de vente. À cet égard, la loi du pays du 24 octobre 2013 organisant le contrôle des concentrations avait fixé un seuil pour que l'opération soit contrôlable qui concernait le chiffre d'affaires « global » réalisé par les entreprises et s'élevait à 600 millions de francs CFP, soit près de 5 millions d'euros en Nouvelle-Calédonie alors qu'en Métropole, le chiffre d'affaires réalisé en France doit être d'au moins 15 millions d'euros dans le commerce en détail et doit en outre être réalisé par chacune des entreprises parties à l'opération¹⁸⁷. L'intention du législateur calédonien était clairement de pouvoir « capter » des opérations de concentration dès lors qu'elles étaient susceptibles d'avoir un impact, même faible, sur le territoire calédonien. Cependant, depuis la loi du pays du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, ce seuil est passé à 10 millions d'euros¹⁸⁸, et cela, suite aux recommandations émises par l'ACNC dans un avis du 22 août 2019 relatif à la modification des seuils de contrôle des opérations de concentration et des opérations dans le secteur du commerce de détail¹⁸⁹. Ici, l'Autorité avait proposé une réforme des seuils de déclenchement du contrôle des opérations de concentration en remarquant après une étude que les seuils initialement prévus par le Code de commerce conduisaient à « faire entrer dans le champ du contrôle un très grand nombre d'opérations n'ayant aucune influence négative sur la concurrence ». Dans une recherche d'efficacité, elle recommandait donc de doubler le seuil du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration en Nouvelle-Calédonie. À travers cet exemple, nous remarquons le rôle que peut jouer l'ACNC pour l'adaptation du droit de la concurrence, résultat d'un dialogue inter-institutionnel avec les institutions publiques traditionnelles œuvrant à la fabrication du droit. Cela témoigne de l'importance de l'Autorité de la concurrence et de la plus-value de cette institution « experte » vis-à-vis des institutions publiques existantes.

Le transfert de compétence de la concurrence à la Nouvelle-Calédonie et les adaptations du droit de la concurrence mises en œuvre par l'ACNC tentent de répondre aux enjeux économiques et sociaux propres au pays. En effet, les Accords économiques et sociaux du 12 juin 2012, conclus suite à des manifestations ayant eu lieu à Nouméa

¹⁸⁷ Article L. 430-2 du Code de commerce.

¹⁸⁸ Lp. n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, art. 2, modifié par la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020, art. 46, qui double le seuil, passant de 600 000 000 francs CFP à 1 200 000 000 francs CFP. Codifié à l'art. Lp. 431-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁸⁹ ACNC, Avis n° 2019-A-03 du 22 août 2019 relatif à la modification des seuils de contrôle des opérations de concentration et des opérations dans le secteur du commerce de détail.

contre la « vie chère » en avril 2006 ainsi qu'en mai 2011¹⁹⁰, faisaient état des « inégalités de richesse [qui] se sont accentuées ». En 2008, un foyer néo-calédonien sur quatre vivait en dessous du seuil de pauvreté relative, soit quatre fois plus qu'en Métropole¹⁹¹ et 20 % des ménages les plus riches percevaient 55 % du total des revenus déclarés¹⁹². Outre l'adaptation du droit de la concurrence, l'expertise de l'ACNC sera fondamentale pour trouver des instruments efficaces permettant de lutter contre les inégalités sociales, comme le remplacement récent du dispositif d'encadrement des prix par le « bouclier qualité prix » (BQP).

2. La lutte de l'ACNC contre les inégalités économiques et le phénomène de la « vie chère »

En Nouvelle-Calédonie, malgré une situation économique favorable¹⁹³, de très fortes inégalités économiques demeurent. Le Rapport « NC 2025 : Diagnostic et enjeux » relève que 20 % des ménages ayant les plus hauts revenus reçoivent près de 46 % du total des revenus des ménages néo-calédoniens, soit en moyenne 7 833 euros, 50 % de plus que les ménages métropolitains, et 21 % des ménages sont sous le seuil de pauvreté relative, soit trois fois plus qu'en Métropole, le double de la moyenne OCDE. Malgré ces inégalités sociales, les prix sont globalement élevés. La Nouvelle-Calédonie se situe en effet entre le 2^{ème} et le 3^{ème} pays le plus cher au monde, classement par indice « Big Mac ». Or la « vie chère » et les prix élevés sont autant de vecteurs qui renforcent les inégalités sociales. Pour réduire ces inégalités et améliorer le pouvoir d'achat et l'insertion par l'emploi, des réformes ont été jugées nécessaires. À cet effet, le président de l'Autorité de la concurrence Bruno Lasserre, le président du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Harold Martin, et le Haut-commissaire de la République française ont conclu le 30 janvier 2012 une convention-cadre d'assistance technique afin de renforcer l'expertise de la collectivité d'outre-mer et les outils en matière de lutte contre les pratiques anti-concurrentielles. Dans ce cadre, le Congrès sollicita pour avis l'Autorité métropolitaine de la concurrence afin que cette dernière produise une expertise quant à la situation concurrentielle sur le territoire. Une mission d'expertise a ainsi été mise en place pour réaliser des études sur le fonctionnement de la concurrence dans les circuits de distribution des produits de grande consommation ainsi que les structures de contrôle en matière de concurrence. L'objectif était d'évaluer les moyens mis à disposition des structures de contrôle pour lutter contre les pratiques

¹⁹⁰ Commission spéciale auprès du Congrès pour l'élaboration et le suivi d'accords économiques et sociaux, signés le 12 juin 2012.

¹⁹¹ Comptes économiques rapides de l'Outre-mer (CEROM), *Les défis de la croissance calédonienne* [en ligne], 2008, p. 46. [Consulté le 30 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.cerom-outremer.fr/IMG/pdf/defis_croissance_caledonienne_122008.pdf>

¹⁹² *Ibid.*, p. 7.

¹⁹³ La Nouvelle-Calédonie a connu une croissance économique importante, le PIB étant multiplié par deux entre 1998 et 2007, passant de 317 millions d'euros à 655 millions d'euros, et un taux de chômage inférieur à 7 %. Voir à ce propos Comptes économiques rapides de l'Outre-mer (CEROM), *Les défis de la croissance calédonienne* [en ligne], 2008, p. 46, *loc. cit.*

anticoncurrentielles dans l'économie néo-calédonienne, ainsi que de trouver des solutions pour faire respecter les règles en matière de concurrence. Cela a conduit à la rédaction de deux rapports, dont la tendance libérale rompt avec les politiques de protection de l'économie menées depuis les années 60 en Nouvelle-Calédonie. Le premier rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, établi par Mme Geneviève Wibaux du 21 septembre 2012¹⁹⁴ fait état de la « vie chère », qui a conduit à la création par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie de la commission « spéciale vie chère », ayant pour but de réfléchir à la modernisation de l'économie, l'amélioration du pouvoir d'achat et à la maîtrise et la transparence des prix. Le second rapport est établi par Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, rapporteurs auprès de l'Autorité de la concurrence, et traite des mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie¹⁹⁵. Ici aussi, le Rapport analyse les causes de la vie chère liées à la protection de marché, préconisant des dispositifs de protection de marché plus efficaces et une amélioration de la concurrence dans le secteur de la distribution du détail passant notamment par la suppression des barrières administratives à l'entrée.

De nombreuses réformes ont été opérées suite à ces deux rapports. Ainsi, la loi du pays du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne¹⁹⁶ visant à moderniser la concurrence proposera un outil concret pour transformer et diversifier l'économie néo-calédonienne, le « Bouclier-Qualité-Prix¹⁹⁷ » (BQP). Ce dispositif repose sur une négociation annuelle entre le Gouvernement et les principaux acteurs de la chaîne de la production à la distribution, pour déterminer le montant maximal d'un panier global de produits de première nécessité ou de grande consommation répondant à certains critères de qualité, dont le nombre est adapté en fonction de la taille des magasins les commercialisant, et en leur laissant la liberté de fixer le prix de chaque produit au sein du panier¹⁹⁸. Le BQP a pour vocation de remplacer le plafonnement généralisé des marges, tout en répondant à la problématique de la vie chère. Saisie en amont par le Gouvernement dans sa qualité d'autorité consultative obligatoirement saisie pour tout projet de loi du pays ayant pour effet d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix¹⁹⁹, l'ACNC rendit au préalable un Avis du 6 décembre 2019, où elle émet plusieurs recommandations concernant le BQP. L'ACNC considère qu'il porte une atteinte limitée, adaptée et proportionnée à la liberté d'entreprendre des opérateurs

¹⁹⁴ Autorité de la concurrence, *Rapport de l'Autorité de la concurrence relative aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012.

¹⁹⁵ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, établi par Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, 21 septembre 2012.

¹⁹⁶ Loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.

¹⁹⁷ Article 42 de l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, introduisant le dispositif du « bouclier-qualité-prix », à l'article Lp. 411-2-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁹⁸ ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 345, § 66.

¹⁹⁹ Article Lp. 462-2 du Code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie.

engagés dans le processus de négociation du BQP et permet de protéger *in fine* le consommateur. En effet, en réintroduisant la liberté dans la fixation des prix de chaque produit²⁰⁰, le risque d'alignement à la hausse du panier – « effet taquet » – est évité²⁰¹, tout comme celui de l'homogénéisation des prix des produits du panier par les distributeurs, les produits du BQP demeurant en outre soumis à la concurrence par les prix des produits substituables n'entrant pas dans le BQP. Pour écarter l'« effet d'éviction », c'est-à-dire l'indisponibilité des produits, ou de « dégradation », la réduction de leur qualité, une obligation de s'assurer de la disponibilité des produits est imposée au distributeur²⁰². De plus, la liste des produits doit être suffisamment précise pour éviter le risque de contournement du dispositif. Finalement, l'Avis est très intéressant car, outre l'analyse de la pertinence du dispositif légal du BQP, il anticipe une problématique à venir et prévient de la réaction de l'Autorité si elle venait à se produire. Si le dispositif du BQP devait conduire à un report de marge sur les produits qui n'y sont pas inclus, entraînant alors un « effet de rattrapage », l'Autorité annonce qu'elle engagerait une procédure d'injonction structurelle²⁰³. Cet avis, non contraignant, illustre l'importance des compétences consultatives des autorités de concurrence. Comme le rappelle le Président de l'Autorité métropolitaine de la concurrence Bruno Lasserre, cela constitue un « levier d'exercice de “soft power”, permettant à l'Autorité d'adresser des signaux aux entreprises, qui peuvent en tirer des enseignements et

²⁰⁰ Comme les accords interprofessionnels des 27 et 28 octobre 2019, le dispositif du BQP « permet de concilier une mesure d'encadrement du prix d'une liste de produits, une nécessaire démarche de négociation sur ce prix et sur le contenu de la liste, tout en maintenant de la concurrence entre les opérateurs sur la fixation du prix de chaque produit », ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 105.

²⁰¹ ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 127.

²⁰² ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 128.

²⁰³ Article Lp. 422-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, dans la mesure où l'Autorité constate une dérive des prix ou des marges en comparaison des moyennes habituellement constatées, quel que soit le type de produit considéré. Les autorités de concurrence peuvent ainsi, dans le cadre de dossiers contentieux, prononcer des injonctions et des sanctions à l'encontre d'entreprises ou d'organismes ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Les « injonctions structurelles », c'est-à-dire les mesures permettant aux autorités de concurrence de contraindre une entreprise ou un groupe d'entreprises à céder certains de leurs actifs, ont été introduites par la loi du pays du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie et codifiée dans le Code de commerce (Lp. n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, JONC du 21 novembre 2013, p. 9244, art. 16). S'inspirant du mécanisme de l'injonction structurelle introduit par la loi « Lurel » du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer (Loi n° 2012-1270 dite loi « Lurel » du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, JORF n° 0271 du 21 novembre 2012, p. 18329) pour les territoires ultramarins dans le secteur du commerce de détail (Code de commerce, art. L. 752-27 relatif au contrôle de l'Autorité de la concurrence en cas de position dominante et de la possibilité de procéder à des injonctions et des sanctions pécuniaires), la Nouvelle-Calédonie a introduit un dispositif analogue, quoi que plus large, afin de pouvoir agir *ex-post* sur des structures de marchés locaux qui soulèvent des préoccupations de concurrence. À cet égard, si ces préoccupations reposent sur le critère de « prix ou de marges élevés » que l'entreprise pratique, en « comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné », le dispositif calédonien diffère sur deux points. Tout d'abord, ne sont pas uniquement concernées les entreprises en « position dominante » mais également lorsqu'une entreprise détient plus de 25 % de parts de marché dans une zone de chalandise pour un chiffre d'affaire d'au moins 600 millions de francs pacifique, soit près de 5 millions d'euros. Ensuite, cette injonction structurelle ne vise pas uniquement le commerce de détail.

modifier leurs comportements sur le marché²⁰⁴ ». En effet, si l'avis est général et non contraignant, il offre un cadre juridique « idéal » qui s'appliquera par la suite. À cet égard, l'avocate Véronique Sélinsky explique que « Dans sa mission d'*advocacy* l'Autorité [ici l'Autorité polynésienne de la concurrence] peut ainsi expliciter et synthétiser les grilles d'analyse concurrentielles qui ont vocation à s'appliquer à la matière contentieuse²⁰⁵ », et, de ce fait, « La fonction programmatique, pour sa part, permet d'éclairer, sinon de concevoir, une véritable politique de concurrence dans le cadre d'une véritable magistrature morale, modèle de conscience des pouvoirs publics²⁰⁶ ».

Conclusion

Dans son rapport de 2001, le Conseil d'État soulignait la raison d'être des autorités administratives indépendantes. Ainsi « *dès lors qu'il songe à intervenir dans des domaines touchant davantage que d'autres aux droits et libertés, par nature presque, l'État est réputé partial, tandis que les autorités administratives indépendantes semblent parées dès leur naissance d'une onction qui les ferait bénéficier d'une irréfragable présomption d'impartialité*²⁰⁷ ». Les AAI révèlent en effet l'incapacité de l'administration à satisfaire certaines demandes sociétales. Après des décennies de protestation et de manifestations contre le phénomène de la « vie chère » qui touche les populations les plus vulnérables économiquement, le Congrès néo-calédonien a donc sollicité le transfert de compétence de la concurrence ainsi que la possibilité de créer ses propres autorités administratives indépendantes. L'ACNC pallie alors les carences des institutions publiques existantes pour lutter contre les inégalités sociales très fortes dans les territoires ultra-marins. À cet effet, la souplesse de l'autorité contraste avec la traditionnelle rigidité de l'administration²⁰⁸. L'absence de formalisme est garantie par l'existence de règles de fonctionnement simplifiées²⁰⁹ et « l'autonomie conférée aux autorités administratives indépendantes permet de prendre des décisions plus rapidement que dans une administration centrale », ces dernières ne devant pas se soumettre à l'« arbitrage

²⁰⁴ Autorité de la concurrence, Rapport annuel 2011, Paris, Autorité de la concurrence, 2012, p. V.

²⁰⁵ V. SÉLINSKY, « Les avis de l'APC : un mode de régulation efficace ? », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 161.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 162.

²⁰⁷ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52, p. 275.

²⁰⁸ À ce propos, voir notamment M. CROZIER, « Crise et renouveau dans l'administration française », *Sociologie du travail*, Paris, Seuil, 1966, 8-3, p. 227-248 ou plus récemment J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », in J. CHEVALLIER, R. DRAÏ, F. RANGEON, *La Communication administration-administrés*, Paris, PUF, 1983, p. 13-60, et plus spécifiquement, p. 15 : « plus encore que les autres organisations, l'administration manifeste une propension à la fermeture ; prototype de l'organisation bureaucratique, elle tend à s'isoler de la société, et ses rapports avec l'extérieur sont caractérisés par la rigidité et l'unilatéralité ».

²⁰⁹ La célérité de l'Autorité de la concurrence est mise en avant par le rapport du Conseil d'État de 2001 précité (p. 277), ce dernier parlant d'un délai moyen de trois ans pour l'Autorité de la concurrence.

interministériel²¹⁰ ». Les AAI ont en effet l'avantage de pouvoir décider dès qu'elles se sentent suffisamment éclairées, en dehors de toute considération exogène au secteur dont elles ont la charge. Or cette souplesse inhérente à la structure même des AAI est fondamentale dans des matières comme la concurrence qui évoluent rapidement et imposent à cet égard une capacité de réaction immédiate. Elle est d'autant plus importante que les pouvoirs des AAI peuvent être étendus. L'ACNC agit en effet sur tous les plans : par ses avis et ses recommandations, elle contribue à l'élaboration de la loi ; par ses quasi-réglementations, elle participe à l'exécution du droit ; et enfin par ses sanctions, elle veille à son application.

Notre étude de l'ACNC nous confirme que les AAI ont acquis au fil du temps un « pouvoir d'influence²¹¹ » toujours plus important. « La parole est le fruit du silence » nous rapporte l'écrivaine et femme politique kanake Déwé Gorodé²¹² ; l'ACNC est quant à elle le résultat d'années de lutte de certains partis politiques pour l'indépendance²¹³ aboutissant à une décentralisation territoriale toujours plus importante²¹⁴ permettant de faire entendre la voix du peuple calédonien. À ce titre, ces institutions ne pourraient-elles pas constituer un modèle institutionnel duplicable à d'autres domaines d'action pour conduire des politiques sensibles et répondre à des enjeux sociétaux majeurs, comme peut l'être par exemple la protection de l'environnement ? Il serait en effet envisageable que la collectivité néo-calédonienne, compétente en matière d'environnement et qui a consacré dans le Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté des droits subjectifs à la nature²¹⁵, mette en œuvre une « Autorité de la défense environnementale » ou encore un « Défenseur de l'environnement » pour contribuer à l'« effectivité » de ces droits. Ces institutions hybrides mettant en place une nouvelle façon de gouverner ne manqueront pas d'animer de futurs débats.

²¹⁰ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52, p. 276.

²¹¹ *Ibid.*, p. 290.

²¹² Collectif, « Référendum en Nouvelle-Calédonie : «La posture anticoloniale venue de la métropole nous indignent car elle nous déresponsabilise» », *Le Monde* [en ligne], 16 septembre 2020. [Consulté le 30 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/09/16/referendum-en-nouvelle-caledonie-la-posture-anticoloniale-venue-de-la-metropole-nous-indigne-car-elle-nous-deresponsabilise_6052350_3232.html>

²¹³ Citons le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS) fondé en 1984 par Jean-Marie Tjibaou ; l'Union calédonienne, fondée en 1953 par Maurice Lenormand et Rock Pidjot ; le Parti de libération kanak fondé en 1975 par la fusion de plusieurs groupes indépendantistes ; le Rassemblement démocratique océanien fondé en 1994 par Aloisio Sako, etc. Voir à ce propos D. A. Chappell, *Le Réveil kanak. La montée du nationalisme en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Madrépores, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2017.

²¹⁴ La décentralisation territoriale est une « technique qui consiste à octroyer le statut de personne morale de droit public à des collectivités géographiques infra-étatiques, en donnant à leurs agents, généralement désignés par l'élection, des compétences d'auto-administration », C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 250.

²¹⁵ Article L. 110-3 du Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie).

Revue Juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>, en *open access* et sous licences *Creative Commons*.



- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : irjs-editions@univ-parisi.fr, avec les résumés et la liste des mots-clés en anglais et en français, ainsi que les identifiants OrcID et/ou idHal de l'auteur.
- La Revue publie des articles originaux, d'actualité mais aussi des textes déjà publiés qui remplissent les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.