

# Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : La question en suspens du contrôle de l'application du droit

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : La question en suspens du contrôle de l'application du droit. Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, 2017. <hal-01659830>

**HAL Id: hal-01659830**

**<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01659830>**

Submitted on 8 Dec 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie :

*La question en suspens du contrôle de l'application du droit*

Florent Venayre \*

**(Référence : Venayre F., 2017, « Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : La question en suspens du contrôle de l'application du droit », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 30, n° 2017/2, pp 57-64.)**

Si le mois d'octobre 2013 marque sans aucun doute, avec l'adoption de la loi du pays sur la concurrence, l'aboutissement de longues années d'une lente évolution du droit économique calédonien, il ne constitue pour autant pas la fin de l'histoire. Il reste la question prégnante de l'application de la règle de droit, de son effectivité et de l'entité en charge de son contrôle. Particulièrement, on s'interroge sur la capacité à garantir l'indépendance d'une telle autorité, tant à l'égard du pouvoir politique que de l'influence des milieux d'affaires. De ce point de vue, la Nouvelle-Calédonie s'est heurtée à nombre d'écueils qu'il a fallu progressivement surmonter, notamment au prix de deux modifications successives de la loi organique statutaire de la Collectivité. Cependant, si les freins juridiques sont désormais tous levés, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, officiellement créée en avril 2014, peine toujours à l'aube de 2018 à se mettre en place... et il n'est pas impossible que les consommateurs calédoniens doivent encore prendre leur mal en patience un certain temps.

*The passing of the Local Law on competition, in October 2013, is the final outcome of the slow evolution of Caledonian Business Law. It certainly is not, however, the end of the story. Remain to be dealt with the implementation of the rule, its effectiveness, and the determination of who is going to be in charge of monitoring same. One may wonder particularly as to the ability of the said authority to remain independent from the political power as well as to shun the influence of the business communities. From this point of view, New Caledonia has been facing several obstacles that had to be overcome with, among others, two successive amendments to the Statutory Local Law. If the legal impediments have now been removed, the New Caledonian Competition Authority officially created in April 2014 is still trying to set it itself up on the eve of 2018... and Caledonian consumers may conceivably take it a bit longer and be patient.*

---

\* Maître de conférences HDR en sciences économiques, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française et LAMETA UMR 5474, Université de Montpellier.

L'adoption du droit de la concurrence calédonien, par le vote de la loi du pays d'octobre 2013<sup>1</sup>, dote la Collectivité d'un arsenal législatif répondant aux standards requis en matière de prohibition des pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations. Pourtant, en ce qui concerne la mise en œuvre du droit, les choix effectués peuvent surprendre, puisque c'est le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui est en charge du contrôle et de l'application du droit de la concurrence. Qu'il s'agisse des autorisations administratives en matière de contrôle des concentrations ou d'aménagement commercial, de même qu'en matière de sanction pécuniaire, c'est donc le gouvernement qui prend les décisions. Une telle situation est cependant fort surprenante au regard de ce que l'on connaît habituellement ailleurs.

Il est en effet commun de mettre en place des autorités de concurrence dont la mission est le contrôle de l'application du droit. Le fait d'avoir une autorité dédiée se justifie pleinement par le degré de complexité du droit de la concurrence, qui requiert des évaluations tant économiques que juridiques qui peuvent s'avérer très complexes et qui, surtout, doivent être appréhendées au regard des spécificités des dossiers étudiés et en tenant compte d'un ensemble d'éléments dynamiques et systémiques. De ce point de vue, l'indépendance de l'autorité de concurrence permet théoriquement de constituer des équipes spécialisées et compétentes, capables de répondre pleinement aux exigences de la mission. On comprend ainsi que le processus de recrutement des personnels de l'autorité de concurrence est crucial et doit faire l'objet d'une attention toute particulière.

L'OCDE insiste à cet égard sur le fait que « *l'indépendance des autorités de la concurrence à l'égard du pouvoir politique constitue un élément essentiel du bon fonctionnement du régime de concurrence* »<sup>2</sup>. Elle souligne également, dans une autre publication, que « *l'existence d'un régulateur indépendant est importante pour renforcer la certitude et la stabilité réglementaires. C'est particulièrement le cas quand il s'agit d'un régulateur de marché, étant donné que le gouvernement lui-même peut alors être une partie prenante, par exemple comme actionnaire ou acteur du marché, d'où la plus grande nécessité de l'indépendance* »<sup>3</sup>. C'est le principe de l'impartialité de l'action administrative que l'on cherche à protéger avec l'indépendance des autorités en charge des missions de régulation<sup>4</sup>.

Le vote de la loi du pays sur la concurrence réalisé, vont donc s'ouvrir en Nouvelle-Calédonie de nouveaux débats sur la question de la mise en œuvre d'une autorité spécifiquement dévolue à son application. Les interrogations sur sa capacité d'indépendance ne seront pas occultées, non seulement au regard de la petite taille de la Collectivité, qui

---

<sup>1</sup> Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, qui sera codifiée par la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 relative aux livres III et IV de la partie législative du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

<sup>2</sup> OCDE, 2016, « Indépendance des autorités de la concurrence. Des intentions aux pratiques », Note du secrétariat préparatoire au Forum mondial sur la concurrence des 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2016, n° OCDE DAF/COMP/GF(2016)5 du 21 novembre 2016, Direction des Affaires financières et des entreprises, Comité de la concurrence, p. 2.

<sup>3</sup> OCDE, 2014, *La gouvernance des régulateurs*, Principes de bonnes pratiques de l'OCDE pour la politique de la réglementation, Editions OCDE, p. 50.

<sup>4</sup> Briand-Meledo D., 2017, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. XXI, n° 2007/3, pp. 345-371, p. 351.

développe les proximités entre les acteurs, mais aussi compte tenu d'une habitude réglementaire forte et d'une longue histoire d'interventionnisme public dans l'économie calédonienne. Il s'agira ainsi tout à la fois de veiller à assurer l'indépendance du régulateur à l'égard du politique, mais aussi des milieux d'affaires.

La délibération de 2004, qui ouvrait la porte à la prise en compte des pratiques anticoncurrentielles, avait bien abouti à la création d'une entité consultative qui se voulait être un lieu de concertation, mais qui s'était surtout attachée aux questions relatives au petit droit de la concurrence (1.). Les pratiques anticoncurrentielles restaient pour leur part en dehors de tout contentieux. Surtout, cette instance de concertation ne présentait, compte tenu de sa composition et son fonctionnement, aucun caractère d'indépendance, ni à l'égard des entreprises, ni à celui du pouvoir politique (2.). Le remaniement du droit calédonien opéré par la loi du pays sur la concurrence d'octobre 2013 aurait dû de ce fait conduire à la création d'une réelle autorité susceptible de garantir l'effectivité du droit. Toutefois, la Nouvelle-Calédonie n'était à l'époque pas en mesure, compte tenu des compétences dont elle disposait, de créer des autorités administratives indépendantes qui lui soient propres (3.). Une modification de la loi organique statutaire va s'avérer nécessaire pour y parvenir. Néanmoins, en dépit de la modification réalisée, et du vote d'une nouvelle loi du pays créant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, il sera toujours impossible de nommer les membres de l'Autorité en raison de la persistance d'incompatibilités définies de manière trop restrictive (4.). Ce n'est qu'une seconde modification de la loi organique qui pourra mettre définitivement fin aux freins qui s'opposaient à la mise en place d'une autorité calédonienne de la concurrence (5.). Pourtant, le processus de mise en place d'un contrôle effectif et indépendant de l'application du droit reste en suspens, et possiblement pour longtemps encore, après l'échec politique de la nomination des membres de l'Autorité à la fin du mois de juillet 2017.

## **1. La création historique d'une simple entité consultative**

La délibération du 6 octobre 2004<sup>5</sup>, malgré ses nombreuses imperfections, présente le mérite d'introduire en droit calédonien la prohibition des pratiques anticoncurrentielles classiques que sont les ententes et les abus de position dominante<sup>6</sup>. Cette première ébauche de règles concurrentielles, qui surgit dans un environnement économique historiquement très

---

<sup>5</sup> Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique.

<sup>6</sup> Voir le 2<sup>ème</sup> volet de cette étude : Venayre F., 2017, « Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence », *Revue Politique, Juridique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 29, n° 2017/1, pp. 5-15.

encadré<sup>7</sup>, ouvre la question de la mise en application du droit, et donc celle de la désignation d'une entité dévolue au contrôle du respect des règles établies.

Le texte de la délibération y apporte cependant une réponse assez limitée, dans la mesure où il ne prévoit que la mise en place d'une entité consultative : la Commission consultative des pratiques commerciales (CCPC)<sup>8</sup>. Ce qui marque au premier abord au sujet de cet organisme, c'est la référence directe à la notion de « pratiques commerciales », ce qui n'est pas sans rappeler la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) métropolitaine, créée par la loi NRE en 2001<sup>9</sup>. Pourtant, le législateur calédonien semble *a priori* avoir souhaité lui conférer une compétence plus large que celle de l'instance métropolitaine. La CEPC a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations « *sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires [...] et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs* »<sup>10</sup>. Son champ de compétence est donc strictement celui des relations commerciales entre acteurs de la chaîne verticale. Conformément à l'esprit du titre IV du livre IV du code de commerce, il s'agit de veiller à ce qu'un certain équilibre des relations commerciales soit respecté. D'ailleurs, la CEPC doit comprendre un nombre égal de producteurs et de revendeurs, ce qui traduit là encore cette volonté de recherche d'un équilibre.

Pour sa part, l'article 82 de la délibération calédonienne de 2004 indique que la CCPC est une « *instance de concertation, qui a pour mission de donner son avis, formuler des recommandations sur toutes les questions et pratiques concernant les relations entre les différents partenaires économiques, dans les domaines relevant de la présente délibération* »<sup>11</sup>. Le champ d'action est donc beaucoup plus large que dans le cas français, puisque le travail de la CCPC est réputé pouvoir aussi couvrir les pratiques anticoncurrentielles prohibées par la délibération : ententes (article 68) et abus de position dominante et de l'état de dépendance économique (article 69). Ainsi, malgré les similarités d'appellation, les deux organismes, français et calédonien, auraient donc dû être, dans les faits, distingués l'un de l'autre par la matière même à laquelle s'intéresse leur activité : si la CEPC voit son champ de compétence explicitement restreint au petit droit de la concurrence, rien n'empêcherait en revanche la CCPC de traiter également les questions liées aux pratiques anticoncurrentielles du « grand droit » de la concurrence.

---

<sup>7</sup> Voir le 1<sup>er</sup> volet de cette étude : Venayre F., 2016, « Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence », *Revue Politique, Juridique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 28, n° 2016/2, pp. 28-37.

<sup>8</sup> Voir le chapitre 1 du titre V de la délibération de 2004.

<sup>9</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

<sup>10</sup> Article L. 440-1 du code de commerce français.

<sup>11</sup> La codification de la loi du pays sur la concurrence va insérer cette disposition dans l'article LP. 440-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie en modifiant uniquement le dernier membre de phrase qui, au lieu de référer à la délibération de 2004, renverra au titre 1<sup>er</sup> du livre III et au livre IV du code de commerce, ce qui ne réduit donc pas le périmètre de compétence potentiel de la CCPC. Mais on peut tout de même noter que l'insertion de l'article 82 de la délibération de 2004 dans le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie est bien réalisée au sein du titre IV du livre IV, c'est-à-dire dans la partie consacrée au petit droit de la concurrence, à la même place où figure la CEPC métropolitaine dans le code français, ce qui ne semble pas être fortuit, comme nous allons le montrer (voir : loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 relative aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie).

Le législateur calédonien n'a par ailleurs pas souhaité préciser dans la délibération de 2004 les modalités d'organisation et de fonctionnement de la CCPC, renvoyées à un texte d'application (article 83 de la délibération). Cet arrêté a été pris en février 2005<sup>12</sup> et établit notamment l'obligation d'adopter un règlement intérieur lors de la première réunion de la Commission<sup>13</sup>, ce qui a été réalisé en octobre de la même année<sup>14</sup>.

Une fois sa mise en place effectuée, la CCPC s'est immédiatement intéressée aux questions relevant du petit droit de la concurrence, telles que les conditions générales de vente (CGV) ou encore les délais de paiement<sup>15</sup>. Cet intérêt ne s'est pas démenti par la suite, puisqu'elle a créé en son sein un groupe de travail sur la fausse coopération commerciale en 2010<sup>16</sup>, par exemple, et que des dossiers contentieux ont pu déboucher sur des sanctions en matière de pratiques restrictives<sup>17</sup>. Néanmoins, et bien que ses prérogatives lui permettent théoriquement de s'intéresser au sujet, aucune pratique anticoncurrentielle n'a finalement donné lieu à sanction, le Parquet n'ayant jamais été saisi d'aucune entente ou abus de position dominante depuis l'adoption de la délibération de 2004<sup>18</sup>.

## 2. Instance de concertation, rôle des services gouvernementaux et indépendance

Nous avons fait état de cette absence de sanction dans le précédent volet de cette étude<sup>19</sup>, soulignant que cela n'était en réalité pas surprenant, à la fois au vu des débats menés au Congrès de la Nouvelle-Calédonie – peu intéressés par les questions du « grand droit » – et

---

<sup>12</sup> Arrêté n° 2005-343/GNC du 17 février 2005 portant organisation de la commission consultative des pratiques commerciales.

<sup>13</sup> On connaît l'importance parfois du règlement intérieur de certains organismes. L'Autorité polynésienne de la concurrence (APC) a vu le sien sévèrement critiqué pour avoir effectué une interprétation des seuils de contrôle des concentrations générant des inefficacités économiques importantes et des contrôles inutiles, certains auteurs faisant état d'une « *interprétation de l'APC et de son président qui va manifestement à l'encontre de l'esprit du législateur* » (Montet C., 2017, « L'interprétation contestable des seuils de contrôle des concentrations par l'Autorité polynésienne de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 65, Octobre, pp. 43-49).

<sup>14</sup> Adopté en séance de la CCPC le 18 octobre 2005, le règlement intérieur a été validé par le gouvernement calédonien en mars 2006 (arrêté n° 2006-761/GNC du 16 mars 2006 portant approbation du règlement intérieur de la commission consultative des pratiques commerciales).

<sup>15</sup> Voir par exemple les recommandations n° 06-01 du 3 mars 2006 relative aux conditions générales de vente et n° 06-02 du 3 mars 2006 relative aux délais de paiement, *Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie* du 18 avril 2006, p. 2684 et p. 2685.

<sup>16</sup> Autorité de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 Septembre, point 62. Pour un commentaire de ce rapport, voir : Montet C. et Venayre F., 2013, « Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie : Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, Juillet-Septembre, pp. 164-170.

<sup>17</sup> *Ibid.*, point 63.

<sup>18</sup> Ce que confirme encore récemment Philippe Gomès (Gomès P., 2016, « Loi anti-trust et autorité de la concurrence : chronique d'une longue marche », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 28, n° 2016/2, pp. 6-17, p. 7).

<sup>19</sup> Venayre F. 2017, « Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence », *op. cit.*

compte tenu du rôle de la Direction des Affaires économiques (DAE) dans l'application du droit. Comme on va le voir maintenant, ces aspects sont encore renforcés par l'imbrication de la DAE et de la CCPC. L'article 3 du règlement intérieur de la CCPC indique en effet que « *la direction des affaires économiques, chargée du secrétariat, veille au bon fonctionnement de la commission, à la qualité des actes, à la conduite des procédures et au respect des délais. Elle prépare l'ordre du jour des séances et les relevés de conclusions* »<sup>20</sup>. On imagine donc que l'influence de la DAE dans la conduite des travaux de la CCPC est importante, alors même que la culture de ses agents est plus réglementaire que réellement concurrentielle. Interrogée sur la capacité de son service à mettre en œuvre le projet porté par la délibération de 2004, Mme Boyer, la Directrice des Affaires économiques indique d'ailleurs que les agents de la DAE sont formés depuis sept ans auprès de la DGCCRF et « *qu'il est prévu une montée en puissance des effectifs et de leur qualification par le biais d'un certain nombre de stages proposés par l'administration métropolitaine* »<sup>21</sup>. On comprend dès lors que le petit droit de la concurrence soit plus une préoccupation pour la DAE, et en suivant pour la CCPC, que la recherche de pratiques anticoncurrentielles.

Le rôle joué par les services du gouvernement dans le fonctionnement de la Commission consultative des pratiques commerciales se trouve être en ligne avec la composition de la commission elle-même. Rappelons en effet que la CCPC n'est pas un organe indépendant du politique, de même qu'il ne se veut pas non plus indépendant du monde des affaires. On est ainsi très loin de la situation classiquement prônée pour les autorités de concurrence, qui justifie leur statut d'autorités administratives indépendantes (AAI)<sup>22</sup>. Dans la version originale du projet de la délibération de 2004, il était indiqué que la CCPC devait comporter « *les représentants du gouvernement, des provinces, des chambres consulaires, des organisations professionnelles représentatives d'un secteur désignés par leur assemblée compétente, de l'administration et toute personne particulièrement qualifiée en fonction des thèmes abordés* » (article 82).

Le Conseil économique et social s'était d'ailleurs ému, à l'époque, de l'absence de représentation des consommateurs et avait proposé qu'ils soient associés à la commission<sup>23</sup>. A la faveur d'un amendement, il avait ainsi été ajouté à la liste précédente « *des représentants des consommateurs pour les affaires qui les concernent* »<sup>24</sup>. Il ne s'agit cependant que de grandes indications qui ont par la suite été précisées par arrêté pour définir la composition finale de la CCPC. On trouve ainsi, du côté des institutionnels et de l'administration : le ministre de l'économie, le directeur des Affaires économiques, le chef du service de la concurrence et de la répression des fraudes, les trois présidents des assemblées de provinces et

---

<sup>20</sup> Arrêté précité n° 2006-761/GNC du 16 mars 2006.

<sup>21</sup> Compte rendu intégral des débats du Congrès de la Nouvelle-Calédonie de la session du mercredi 6 octobre 2004, JONC du 30 août 2005, p. 130.

<sup>22</sup> Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles, Tahiti, pp. 92-99.

<sup>23</sup> Le Conseil économique et social avait jugé « *opportun que les associations de consommateurs participent en tant que personne particulièrement qualifiée à la commission consultative des pratiques commerciales, en fonction des dossiers étudiés* » (avis n° 06/2004 du 19 mai 2004 relatif au projet de délibération portant réglementation économique).

<sup>24</sup> Voir le compte rendu intégral des débats du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, JONC du 30 août 2005, p. 153. La proposition est de M. Bretegnier.

les trois présidents des chambres de commerce et d'industrie, des métiers et d'agriculture. Les consommateurs ont pour leur part deux représentants, tandis que les entreprises en ont six, répartis de la façon suivante : deux pour les petits commerces ou les PME, deux pour l'industrie locale et deux pour les importateurs et la grande distribution<sup>25</sup>.

La Commission consultative des pratiques commerciales mise en place avec l'adoption de la délibération de 2004 est donc loin de constituer ne serait-ce qu'un début d'autorité en charge de l'application des nouvelles règles concurrentielles. Il ne s'agit pas d'une entité indépendante et elle reste un organe de médiation qui n'est pas en mesure de prononcer des amendes pour les infractions qu'elle viendrait à suspecter ou à contribuer à mettre en évidence, ce qu'avaient regretté certains dès le vote de la délibération de 2004<sup>26</sup>. Notons enfin qu'en matière de sanction pécuniaire, le montant prévu par l'article 99 de la délibération de 2004 en cas d'entente ou d'abus de position dominante est très faible, puisqu'il s'établit à un million de francs Pacifique, soit 8 380 €<sup>27</sup>. Une telle sanction, en toute hypothèse, ne semble pas de nature à présenter un quelconque effet dissuasif. Au plan de l'efficacité, elle ne semble pas non plus devoir justifier une procédure d'instruction longue et complexe.

### **3. L'impossibilité statutaire de créer des autorités administratives indépendantes**

Les prémisses du droit de la concurrence calédonien que constitue la délibération de 2004 ne voient donc pas la désignation d'une autorité spécifiquement dédiée à leur application. Seule la Commission consultative des pratiques commerciales est mise en place, sur le modèle de la CEPC métropolitaine. Si son existence a sans doute permis quelques avancées en matière de petit droit de la concurrence, elle reste cependant inopérante pour faire progresser la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Ces dernières, qui occupaient une position très faible dans l'ensemble législatif de 2004, ont cependant pu bénéficier d'une vraie reconnaissance avec la loi du pays sur la concurrence de 2013, qui a enfin donné au « grand droit » de la concurrence une place plus importante au sein du droit calédonien<sup>28</sup>.

Le mois d'octobre 2013 marque indéniablement un tournant dans l'histoire du droit économique calédonien en permettant au Caillou de rejoindre la cohorte des 127 pays déjà

<sup>25</sup> Voir l'arrêté précité n° 2005-343/GNC du 17 février 2005.

<sup>26</sup> M. Lepeu déclarait ainsi : « *encore faudrait-il que cette commission soit plus qu'une instance de concertation : qu'elle soit aussi un espace de régulation avec une compétence pour poursuivre en cas de dérive* » (compte rendu intégral des débats du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, JONC du 30 août 2005, p. 160.).

<sup>27</sup> Notons que le cadre est celui d'un contentieux civil, ou d'une amende pénale dans le cas d'une infraction aux règles de facturation (voir l'article 101 de la délibération de 2004), ce qui lie le législateur calédonien aux sanctions similaires pratiquées en métropole puisqu'il est impossible d'en dépasser le montant (voir le compte rendu intégral des débats du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, JONC du 30 août 2005, p. 156).

<sup>28</sup> Loi du pays précitée n° 2013-8 du 24 octobre 2013. Pour les conditions politiques particulières dans lesquelles l'adoption de la loi du pays de 2013 s'est faite, avec notamment deux projets concurrents portés par des partis calédoniens différents, voir Gomès P., 2016, *op. cit.*

dotés à cette époque d'un droit de la concurrence<sup>29</sup>. Toutefois, et contrairement à la quasi-totalité de ces pays, la Nouvelle-Calédonie ne prévoit toujours pas, dans la nouvelle loi du pays, d'autorité de concurrence, le contrôle de l'application du droit étant réservé au gouvernement lui-même. Pour autant, il ne s'agit pas à proprement parler d'une volonté du législateur calédonien, mais d'une impossibilité juridique. L'organisation institutionnelle calédonienne prévoit en effet un partage des compétences<sup>30</sup> qui, sur la question de la création d'autorités administratives indépendantes, s'avère être un frein, comme l'a confirmé le Conseil d'Etat à la fin de l'année 2009<sup>31</sup>. Interrogé par le gouvernement calédonien pour savoir qui, de l'Etat, de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces, serait compétent pour instituer des AAI, « *notamment en matière de concurrence, de télécommunications et de dialogue social* », le Conseil d'Etat a fourni une réponse particulièrement contraignante.

Le Conseil d'Etat commence, dans son avis, par observer que : « *aucune considération d'ordre général, ni aucune règle supérieure dans la hiérarchie des normes, ne fait obstacle par elle-même à la création d'une autorité administrative indépendante dans un domaine de compétence de la Nouvelle-Calédonie* ». Or, les questions de concurrence relèvent bien, à l'époque de la demande, des compétences de la Nouvelle-Calédonie<sup>32</sup>, ce qui autorise donc *a priori* la collectivité à créer une autorité administrative indépendante dédiée. Toutefois, une telle AAI territoriale ne doit alors « *ni recouvrir, ni empiéter sur des compétences de l'Etat ou d'une autre collectivité (provinces, communes)* ». Ainsi, les attributions d'une AAI territoriale doivent-elles respecter la compétence de l'Etat en matière de garanties des libertés publiques, de droit pénal, de procédure pénale ou, dans certains domaines, de maîtrise de son domaine public. En conséquence, le Conseil d'Etat relève qu'il existe une « *difficulté sérieuse* » en matière de pouvoirs de surveillance et de contrôle lorsque ceux-ci font appel à « *des moyens d'enquête nécessitant des investigations sur pièce ou sur place, comme en général en matière de concurrence* ». De même, une AAI de la Nouvelle-Calédonie ne pourrait pas se voir confier de pouvoir réglementaire. Il lui resterait ainsi des « *prérogatives de moindre intensité décisionnelle [...] : médiation, recommandation, évaluation* ».

Ainsi, en l'état du statut calédonien, une AAI calédonienne ne saurait être qu'une instance purement consultative, qui pourrait émettre un avis en matière de mesures individuelles ou de sanctions, mais sans caractère contraignant pour les autorités compétentes. Il serait donc impropre de qualifier de réelle autorité une telle entité, en l'absence d'une capacité décisionnelle. Elle n'aurait d'ailleurs pas la nature juridique d'une AAI. Pour autant,

---

<sup>29</sup> OCDE, 2014, *Coopération internationale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence*, Réunion du Conseil au niveau des Ministres, Paris, 6-7 mai, p. 26. Le chiffre est d'octobre 2013 et correspond donc exactement à la date de création du droit calédonien de la concurrence. Parmi ces pays, on compte d'ailleurs un certain nombre de petits pays insulaires du Pacifique (voir : Montet C. et Venayre F., 2012, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : Le rapport pour le Forum du Pacifique », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. 18, pp. 27-47).

<sup>30</sup> Précisé dans la loi statutaire calédonienne : loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

<sup>31</sup> Voir l'avis du Conseil d'Etat n° 383316 du 22 décembre 2009. Voir également, pour un commentaire de cet avis : Chauchat M., 2011, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie : institutions politiques et administratives*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, Collection Université, Août, pp. 108-110.

<sup>32</sup> C'est également le cas des deux autres domaines explicitement cités dans la question : télécommunications et relations sociales.

selon le Conseil d'Etat, un tel organisme « *pourrait exercer une autorité morale effective par sa composition (experts indépendants, par exemple), ses règles d'organisation (mandats irrévocables et d'une durée suffisante) et la publicité et le crédit qui seraient accordés à ses avis* ». Ce dernier point de vue est partagé par l'Autorité de la concurrence métropolitaine, qui indique pour sa part que « *l'exercice d'un pouvoir consultatif, même s'il est souvent présenté comme secondaire par rapport au pouvoir de sanction est en réalité très important. Que recouvre en effet le pouvoir consultatif ? Il s'agit du 'pouvoir juridique de savoir' et celui de 'faire savoir' »*<sup>33</sup>. L'économiste Jagdish Bhagwati a ainsi montré que nombre de nations ont évolué sous la pression exercée par des évaluations reconnues, qu'elles soient effectuées par des médias mondiaux ou des ONG. C'est ce qu'il appelle l'effet Dracula : expose le démon à la lumière pour qu'il se rétracte et meure<sup>34</sup>.

Même si une entité consultative n'est donc pas forcément inutile ou totalement inefficace, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un optimum de second rang. La création d'une réelle autorité, dotée de pouvoir de sanction, reste préférable. Ajoutons que selon la loi du pays d'octobre 2013, aucune autorité, même consultative, n'ayant été créée, c'est le gouvernement qui a la responsabilité de la mise en œuvre du droit. Or, on sait que l'indépendance à l'égard du politique est un vecteur important pour se garder des connexions entre politique de concurrence et politique industrielle, d'une part, et pour éviter d'autre part de prêter le flanc à un lobbying actif du monde des affaires. Ce dernier aspect présente un risque encore renforcé dans un territoire de taille limitée comme la Nouvelle-Calédonie, où les proximités sont toujours plus développées encore que dans les grands pays.

La création d'une autorité administrative indépendante territoriale apparaît alors sans nul doute comme étant la solution la plus souhaitable, mais une modification de la loi statutaire, dans cet objectif, est alors indispensable.

#### **4. Modification statutaire et maintien d'un frein lié aux incompatibilités**

La modification organique va survenir en novembre 2013, soit moins de deux mois après le vote de la loi du pays sur la concurrence. On peut noter qu'il s'agit là d'un choix très différent de celui qui avait été effectué par les Polynésiens. Ces derniers, qui avaient également besoin d'une révision organique pour pouvoir créer des AAI<sup>35</sup>, avaient en effet préféré adopter leur droit de la concurrence postérieurement à la révision organique et y inclure en conséquence immédiatement la création de l'Autorité polynésienne de la

---

<sup>33</sup> Autorité de la concurrence, 2012, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., point 155.

<sup>34</sup> Bhagwati J., 2005, *Eloge du libre échange*, Editions d'Organisation, Paris, pp. 80-81.

<sup>35</sup> Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (eds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540.

concurrence. Un projet de loi antérieur avait d'ailleurs été rejeté, notamment en raison de cette absence d'autorité indépendante<sup>36</sup>.

La loi organique du 15 novembre 2013<sup>37</sup> insère en effet dans la loi statutaire l'article 27-1, qui autorise la Nouvelle-Calédonie à créer des « *autorités administratives indépendantes aux fins d'exercer des missions de régulation dans un domaine relevant de ses compétences* ». Elle ajoute également l'article 93-1, qui précise que les membres de l'AAI sont nommés par arrêté du gouvernement et que cette nomination ne peut intervenir que si le Congrès de la Nouvelle-Calédonie approuve à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, après une audition publique, les candidats proposés par le gouvernement. Cette disposition vise, en assurant des nominations transparentes, à renforcer les gages d'indépendance des membres de l'AAI. La nécessité d'assurer la réelle indépendance de l'Autorité a d'ailleurs été au cœur des discussions de la révision organique<sup>38</sup>, mais c'est plus généralement une crainte qui a été présente tout au long du processus de création du droit de la concurrence calédonien. Ainsi, dès l'avis préalable du Conseil économique et social concernant le projet de loi du pays sur la concurrence, ce dernier préconisait déjà de modifier la loi organique pour permettre la création d'AAI territoriale et souhaitait que « *l'instance chargée de contrôler les pratiques anticoncurrentielles en Nouvelle-Calédonie soit marquée de l'indépendance* »<sup>39</sup>.

Sur la base de cette nouvelle possibilité offerte à la collectivité, qui déverrouille *a priori* l'impossibilité juridique à laquelle se heurtait le gouvernement dans le développement d'une gouvernance pro-concurrentielle, une nouvelle loi du pays a été votée, qui prévoit cette fois la mise en place d'une autorité calédonienne de la concurrence. La loi du pays du 24 avril 2014<sup>40</sup> crée ainsi l'article LP. 461-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie qui instaure l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC), véritable autorité administrative indépendante dotée de pouvoirs de sanction. Ainsi, dès octobre 2014, des avis de vacance de poste ont été publiés pour les fonctions de président et de rapporteur général de l'ACNC<sup>41</sup>. Toutefois, en dépit de la publication de ces appels à candidature, il s'est avéré pour la Nouvelle-Calédonie extrêmement complexe, pour ne pas dire impossible, de procéder aux recrutements des membres de l'Autorité. Pour en comprendre la raison, il faut examiner deux paramètres distincts ayant joué un rôle fondamental. Si chacun d'entre eux, isolément, n'était

---

<sup>36</sup> Et également car il ne prévoyait pas de contrôle des concentrations. Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, op. cit., chapitre 8.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Voir le rapport du Sénat n° 777 du 17 juillet 2013, présenté par Mme Catherine Tasca.

<sup>39</sup> Avis du Conseil économique et social n° 04/2013 du 7 mars 2013 portant que la proposition de délibération portant création d'une autorité calédonienne de la concurrence (n° 42).

<sup>40</sup> Loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Voir : Venayre F., 2014, « Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 24, pp. 29-40.

<sup>41</sup> Voir les avis de vacance de poste dans la fonction publique du 8 octobre 2014 n° CI14-3135-565 (pour le poste de président de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie) et n° CI14-3135-566 (pour le poste de rapporteur général).

pas nécessairement de nature à bloquer le processus de recrutement, c'est l'articulation des deux qui a conduit à cette situation inextricable.

Lorsque la révision organique du 15 novembre 2013 est opérée, l'article 27-1, introduit dans la loi statutaire de la Nouvelle-Calédonie, fixe les conditions de composition et les modalités de désignation des membres d'une AAI de la Nouvelle-Calédonie. Ces conditions sont déterminées, comme le précise le texte, de manière à garantir l'indépendance de l'AAI. Le texte explique ainsi que la fonction de membre de l'autorité administrative indépendante est « *incompatible avec tout mandat électif, tout autre emploi public et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur dont ladite autorité assure la régulation* ». En elles-mêmes, ces incompatibilités portées dans la loi organique ne semblent pas insurmontables ou de nature à poser de sérieuses difficultés dans le recrutement des membres de l'ACNC. Jean-Jacques Menuret ira même jusqu'à les qualifier de « *sommaires* », regrettant que « *la loi organique demeure très en retrait sur les garanties de nature à assurer une véritable indépendance structurelle ou organique aux nouvelles autorités à venir* »<sup>42</sup>.

Cependant, la loi du pays adoptée en avril 2014 apporte une précision supplémentaire qui, cumulée avec ces incompatibilités dont dispose la loi organique, conduit à une impasse. L'article LP. 461-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie qu'elle introduit fixe en effet les conditions de composition de l'ACNC de la façon suivante : le collège doit être composé de quatre membres dont un président, seul membre permanent, nommés pour des mandats de cinq ans, tous renouvelables sans limitation excepté celui du président qui n'est renouvelable qu'une seule fois. Ainsi, les trois membres du collège nommés en plus du président seront des membres non permanents. Or, compte tenu des incompatibilités de la loi organique, ces membres ne devront pas détenir d'intérêts, directs ou indirects, dans une entreprise soumise à la régulation de l'ACNC. Le droit de la concurrence calédonien s'appliquant à « *toutes les activités de production, de distribution de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* »<sup>43</sup>, on voit mal, dès lors, comment le recrutement d'un membre travaillant en entreprise serait possible, ce qui est d'ailleurs sans doute souhaitable. De la même façon, les incompatibilités de l'article 27-1 de la loi statutaire disposent également qu'il est interdit d'exercer « *tout autre emploi public* ». Il est donc impossible de recruter des fonctionnaires comme membres non permanents, dont, notamment, des universitaires spécialisés dont on sait qu'ils sont pourtant un vivier légitime pour les collèges des autorités de concurrence, comme le montre par exemple historiquement le cas de l'Autorité de la concurrence métropolitaine.

---

<sup>42</sup> Jean-Jacques Menuret indique ainsi, exactement, que : « *les futurs membres seront soumis à un régime sommaire d'incompatibilités puisqu'ils ne pourront détenir, en même temps que leur mandat, un mandat électif, ou occuper un autre emploi public ou avoir des intérêts dans une entreprise du secteur dont l'autorité concernée aurait à connaître* » (Menuret, J.-J., 2014, « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *JCP, La Semaine Juridique, Edition Administrations et Collectivités territoriales*, n° 20, 19 mai, pp. 21-26, p. 24).

<sup>43</sup> Article LP. 410-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Les législateurs français et calédoniens ont voulu se garder au maximum du risque de mettre en place une autorité administrative qui ne soit pas réellement indépendante. Compte tenu de l'histoire de la collectivité, marquée par un interventionnisme fort de la puissance publique et des positions de marché affirmées de certains grands groupes, on peut comprendre leurs craintes. Mais pour autant, le cumul des mesures destinées à garantir l'indépendance effective de l'AAI génère une situation inattendue et contre-productive dans laquelle les membres de l'autorité calédonienne ne sauraient finalement être nommés.

## 5. La nécessité d'une nouvelle révision de la loi organique

Le nouveau blocage de la situation calédonienne implique donc une seconde modification de la loi organique statutaire, qui aura lieu le 25 avril 2016<sup>44</sup>. L'article unique de cette loi supprime dans un premier temps la mention « *tout autre emploi public* » qui figurait précédemment dans les incompatibilités qui s'appliquaient à l'ensemble des membres d'une autorité administrative indépendante calédonienne. On notera cependant que la contrainte portant sur le recrutement des actifs du secteur privé est maintenue. Cette modification effectuée, il redevient donc théoriquement possible de nommer des fonctionnaires ou des contractuels de la fonction publique en tant que membres de l'ACNC.

En l'état, cet aspect est susceptible de porter atteinte à l'indépendance de l'ACNC, et notamment car cela permettrait de nommer des agents de la fonction publique calédonienne, et donc liés au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Or, s'il est impératif de pouvoir se libérer des verrouillages qui empêchent la mise en œuvre effective de l'AAI, il n'est pour autant pas question de transiger sur l'aspect fondamental du caractère d'indépendance de l'autorité de concurrence. Le législateur français a donc veillé à prendre en considération cet impératif d'indépendance à l'égard de la sphère publique calédonienne (celle de l'indépendance à l'égard des milieux d'affaires étant *a priori* garantie par le maintien de l'interdiction de recruter des actifs du privé dont il vient d'être question).

Par ailleurs, il a également souhaité distinguer explicitement le régime d'incompatibilité professionnelle du président par rapport à celui des autres membres de l'AAI. Le rapporteur de la Commission des lois du Sénat, M. Mathieu Darnaud, rappelle ainsi que, selon les dispositions de la loi du pays du 24 avril 2014, le président de l'ACNC aura « *un régime spécifique : à temps plein, il peut prendre des décisions seul (notamment en matière d'irrecevabilité des demandes)*. En outre, il est l'autorité à laquelle les autres membres de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie sont chargés de faire état

---

<sup>44</sup> Avec la loi organique n° 2016-507 du 25 avril 2016 relative au statut des autorités administratives indépendantes créées par la Nouvelle-Calédonie. Le vote de cette loi résulte en fait du dépôt concomitant de deux projets de loi organique distincts sur la question. Pour le processus politique d'adoption de la loi organique d'avril 2016, ainsi qu'une chronologie liée, voir Gomès P., 2016, *op. cit.*, p. 15 et suivantes.

*d'éléments de nature à entraîner un conflit d'intérêts* »<sup>45</sup>. Il apparaît ainsi nécessaire de soumettre le président à une incompatibilité plus rigoureuse que celle requise pour les membres non permanents.

Pour ces raisons, le législateur français réintègre dans le texte final une incompatibilité, pour tous les membres non permanents de l'AAI, d'exercer « *tout autre emploi public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et des communes de la Nouvelle-Calédonie ainsi que de leurs établissements publics* ». Quant au président, seul membre permanent, l'incompatibilité est renforcée puisque est prohibé l'exercice « *de tout autre emploi public exercé en Nouvelle-Calédonie* ». Ainsi, si les membres non permanents peuvent occuper un poste de la fonction publique d'Etat en Nouvelle-Calédonie, cela demeure impossible pour le président.

Telles que formulées, ces incompatibilités s'appliquent aux emplois publics exercés au moment de la nomination des membres de l'AAI, mais elles ne concernent pas l'éventualité d'emplois publics exercés précédemment et quittés depuis. Sur ce point encore, le législateur français a considéré que cela pouvait représenter un risque potentiel d'atteinte à l'indépendance de certains membres. Aussi, il a souhaité introduire un délai de carence de trois ans, empêchant la nomination d'une personne qui aurait exercé des fonctions relevant des différentes incompatibilités, qu'il s'agisse d'emplois publics, de mandats électoraux ou de fonctions exercées dans le secteur privé.

Modifiées de la sorte, les incompatibilités prévues par le statut calédonien ne sont donc plus de nature à constituer un blocage dirimant à la mise en place de l'ACNC. Il a cependant fallu deux changements de la loi organique statutaire pour y parvenir, ce qui constitue sans doute une inefficacité peu commune de l'histoire législative française. Le législateur calédonien a pour sa part également voulu s'assurer que rien, dans le droit local, ne pouvait également s'opposer à la mise en œuvre de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, à la faveur du vote de la loi du pays « concurrence, compétitivité et prix »<sup>46</sup>, certaines dispositions destinées à faciliter la mise en place et le fonctionnement de l'ACNC ont été adoptées<sup>47</sup>.

Lors du vote de la loi du pays instituant l'autorité de la concurrence<sup>48</sup>, des conditions de compétences avaient été exigées pour les membres de l'ACNC, et notamment pour son président. Cela faisait écho à une recommandation du Conseil économique, social et environnemental, qui avait insisté, dès 2013, sur l'importance du choix du président, « *qui devra être opérationnel immédiatement, reconnu comme expert, disposant d'une capacité à manager. Ainsi, il devra concilier indépendance et compétence* »<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Rapport n° 135 du Sénat du 4 novembre 2015, par M. Mathieu Darnaud, p. 16.

<sup>46</sup> Loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 « concurrence, compétitivité et prix ».

<sup>47</sup> Voir également, pour les mesures destinées à favoriser le fonctionnement de l'ACNC : Tagliarino-Vignal N., 2017, « Le droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie après la loi concurrence, compétitivité et prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 57, Janvier, pp. 32-37.

<sup>48</sup> Loi du pays précitée du 24 avril 2014.

<sup>49</sup> Avis du Conseil économique, social et environnemental n° 34/2013 du 28 novembre 2013 relatif à la saisine concernant la proposition de loi du pays portant création d'une autorité de la concurrence de la Nouvelle-

Ainsi, le président de l’Autorité doit être nommé « *en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, ainsi qu’en raison de son expérience significative en droit et en pratique en matière de concurrence* »<sup>50</sup>, tandis que les membres non permanents sont désignés « *en raison de leur expérience significative en matière juridique ou économique* ». Compte tenu des difficultés rencontrées par la suite dans la nomination des membres de l’Autorité, il est apparu au législateur calédonien qu’il valait mieux assouplir les conditions imposées au président. La loi du pays « concurrence, compétitivité et prix » a ainsi supprimé l’obligation d’avoir une expérience spécifique en matière de concurrence, de même que le caractère cumulatif des compétences économiques et juridiques qui était précédemment exigé. En conséquence, il est dorénavant uniquement prévu que le président soit nommé « *en raison de ses compétences dans les domaines juridique ou économique* ».

S’il est évidemment regrettable que les incompatibilités aient été définies de manière aussi stricte à l’origine, retardant le processus de mise en œuvre de l’Autorité, il faut tout de même noter que leur assouplissement, réalisé par la seconde révision de la loi organique, permet de conserver de fortes garanties d’indépendances de l’autorité calédonienne. Ainsi, par exemple, dans le cas de la situation de la Polynésie française, les garanties sont moins élevées puisque des agents de la fonction publique polynésienne, ou encore des salariés d’entreprises locales, peuvent siéger en tant que membres de l’Autorité polynésienne de la concurrence. Le choix calédonien apparaît sans doute plus pertinent à cet égard. En revanche, on peut regretter la dernière modification réalisée par la loi « concurrence, compétitivité et prix », qui affaiblit singulièrement le niveau de compétence requis pour la nomination du président, en n’imposant plus explicitement qu’il dispose de compétences spécifiques en matière de concurrence. Evidemment, il s’agit là de compétences minimales et rien n’empêche la puissance publique de demander à cet égard des garanties plus poussées, mais le fait de sécuriser le niveau de recrutement directement au sein de la loi était sans doute préférable.

\* \*

\*

Le processus de construction du droit calédonien a donc été particulièrement long. L’économie calédonienne, ancrée dans un dirigisme fort, reste bien difficile à réformer. La culture politique, elle-même, laisse peu de place à une confiance dans les mécanismes de l’économie de marché. On se souvient par exemple, alors même que la seconde révision de la loi organique était en train d’arriver à son terme, de propos pour le moins étonnants tenus

---

Calédonie (la révision organique du 15 novembre 2013 dont il est question dans cet article a renommé le Conseil économique et social en Conseil économique, social et environnemental).

<sup>50</sup> Article LP. 461-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

dans les médias locaux et qui regrettaient encore jusqu'à la création d'une autorité de la concurrence : « *Fallait-il créer une autorité de la concurrence ?* », titrait ainsi un magazine local<sup>51</sup>. On se souvient également des atermoiements concernant les rémunérations à prévoir pour les personnels de l'ACNC<sup>52</sup>. Toutes ces tensions ne sont pas réglées, et, même au sein de la majorité qui porte le projet actuel, il n'est pas dit que chacun soit pleinement convaincu de la nécessité et des bienfaits qu'apporteraient un droit de la concurrence efficace et une autorité indépendante en charge de son application.

Une fois la seconde révision organique définitivement adoptée, en avril 2016, on s'attendait alors à ce que plus aucun frein ne se présente pour empêcher la mise en place de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, soit deux années après la loi du pays qui l'avait créée. Il a cependant encore fallu attendre de longs mois pour que les propositions de nomination du gouvernement puissent être étudiées par le Congrès. Rappelons en effet que les membres pressentis doivent faire l'objet d'un vote préalable de l'institution. Le ministère des Outre-mer, justifiant ce choix de l'avis conforme du Congrès à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, indiquait : « *aucune nomination ne pourra donc intervenir à la majorité simple et nécessitera un relatif consensus des formations politiques locales* »<sup>53</sup>. La mesure était vouée à limiter le risque d'une influence politique monocolore sur les nominations, ce qui se voulait être une garantie supplémentaire de l'indépendance des membres de l'AAI à l'égard de l'Exécutif.

Si l'intention est louable, elle implique cependant que les différents groupes représentés au Congrès soient en mesure de s'accorder suffisamment sur les candidats proposés. Le Congrès devait prendre sa décision le 31 juillet 2017<sup>54</sup>, mais le consensus souhaité n'a pas été trouvé, qu'il s'agisse de risques potentiels en matière d'incompatibilités ou de jeu politique<sup>55</sup>. Si la situation est enfin totalement débloquée au plan juridique – après de très nombreuses années d'un processus législatif complexe –, il reste à la déverrouiller au plan politique et à tester la réalité des bonnes intentions affichées. Nancy Tagliarino-Vignal écrivait, début 2015 : « *c'est une autre étape qui se présente à la Nouvelle-Calédonie, celle de rendre effectif ce droit [de la concurrence] en faisant en particulier en sorte que l'autorité de la concurrence ne soit pas qu'une chimère* »<sup>56</sup>. Près de trois ans après cette déclaration, le vœu demeure pourtant terriblement d'actualité, rendant tout pronostic ultérieur quant aux chances de l'autorité calédonienne de voir enfin le jour extrêmement risqué. Dans l'attente, ce sont donc les agents de la Direction des Affaires économiques qui vont continuer à avoir en

---

<sup>51</sup> Voir : *Demain en Nouvelle-Calédonie* du 15 avril 2016.

<sup>52</sup> Le projet de délibération portant rémunération et indemnisation des agents et membres de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a été mis à l'ordre du jour de la session extraordinaire du Congrès du 12 avril 2016. Puis, à la suite des travaux de la Commission de la législation et de la réglementation économiques et fiscales du 8 août 2016, il a été retiré le 9 août 2016 du bureau du Congrès par l'arrêté n° 2016-1631/GNC.

<sup>53</sup> Réponse du ministère de l'Outre-mer à la question écrite n° 26 155 de M. Philippe Gomès posé à l'Assemblée nationale (question publiée au *Journal officiel* du 7 mai 2013, p. 4907 ; réponse publiée au *Journal officiel* du 4 février 2014, p. 1106).

<sup>54</sup> Voir le compte rendu intégral des débats de la session du lundi 31 juillet 2017, *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie* du 4 septembre 2017.

<sup>55</sup> Pour une analyse détaillée du déroulement de cette séance, voir mon article à paraître : « Quand le Congrès de Calédonie décale la concurrence aux calendes grecques ».

<sup>56</sup> Tagliarino-Vignal N., 2015, « Un droit de la concurrence pour la Nouvelle-Calédonie (2/2) », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 42, Janvier-Mars, pp. 101-103.

charge l'application du droit. Lorsqu'on voit l'importance que la nécessité d'une indépendance de l'Autorité a toujours occupée dans les débats, on ne peut que trouver cette solution alternative assez malheureusement ironique.